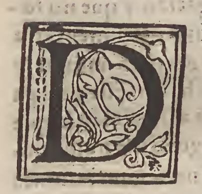
POR
D. ANTONIA DE LA Cueua menor, hija legitima y natural de don Diego de la Cueua, y doña Maria de la Cueua su muger, vezinos de la Ciudad de Guadix. En el pleyto

CON
D. RODRIGO DE LA Cueua su abuelo. Sobre los alimentos.



DE LAS controuersias y pleytos que suelen ofrecerse entre padres y hijos dixeron los Emperadores Valeriano y Galieno en la l. 4. C. de patria potestate, que seria mas conueniente componerlos en la quietud de su casa, ibi: *Congruentius quidem videtur intra domum interte, ac filios tuos si quæ controuersiæ oriuntur terminari.* Esto ha sido lo que dize auer intentado don Rodrigo con sus hijos en las transaciones y cōciertos que ha pretendido hazer antes deste pleyto; pero considerado el efeto solo han sido conueniencias suyas, y perjuyzio tal de sus hijos, que les ha puesto en necessidad estrema de los alimentos que pretenden, la qual les ha obligado a pedir judicialmente lo que su padre les ha querido quitar, sin que ayan sido bastantes para desistir del te intento el rendimiento y reconocimiento de hijos, a que siempre han estado y estarán atentos, y las demas congruencias que pudieron considerar los Emperadores, porque a todas ellas satisfaze Caton, q̃ en semejante caso, hablando al pueblo Romano, como lo refiere Seneca, lib. 3. epistol. ad Lucill. *Difficile quidem inquit est (Quirites) ad*

carentem

carentem auribus ventrem verba facere, venter præcepta, non audit poscit appellat, aut non est, molestus creditor paulò dimittitur si modo das illi, quod debes non, quod potest. Y està tan lexos de ser liberal don Rodrigo con dar a sus hijos voluntariamente lo que puede darles, que antes les niega lo que por muchas obligaciones les deue dar: por manera, que quando se ven desamparados no es mucho que en medio de sus necessidades se valgan del amparo de V.m. y estos señores Iuezes; y de nueuo se oponga doña Antonia por su parte, y procure hazer todas sus defensas, pues en caso de necessidad aun se adelantaron mas los Apostoles, tomando por su mano, y sin pedir licencia a su Maestro las espigas de la mies agena. Acreditando Christo esta accion porque la hizieron para su natural sustento, Marc. c. 17. y alli Apolonio. *Discipulos* (ait) *cum per segetas transeundo euelerent spicas, & ederent ipsius Christi vox innocentes vocat, quia coacti fame hoc fecerunt.*

2 ¶ Del hecho deste pleyto ha dado memorial el Relator, y lo essencial del se refiere en la informacion dada por don Diego y doña Maria de la Cueua, desde el num. 1. hasta el 8. y solo resta aduertir, que estando concluso para determinar en reuista, se opuso a el por su propio interes la dicha doña Antonia menor, y su curador ad litem en su nombre, diziendo, que en la obligacion de alimentos que don Rodrigo hizo en las capitulaciones matrimoniales de quinze de Iunio de 619. para que tuuiesse efeto el matrimonio entre don Diego y doña Maria fueron la dicha doña Antonia, y los demas hijos y descẽdientes que puede auer del dicho matrimonio, principalmente interessados, y que en perjuyzio suyo, y sin su consentimiento no se ha podido alterar, transigir, o renunciar la dicha obligacion, y que no solo por las dichas capitulaciones la tiene don Rodrigo de alimentar a la dicha doña Antonia su nieto, si no tambien por derecho natural y ciuil, atendiendo a la necessidad estrema en que se hallan ella y sus padres, sin tener con que poderse sustentar conforme a su calidad. Y que en consequencia de todo esto, las que don Rodrigo llama transaciones, y de que se vale para su defensa, no lo son, si no renunciaciones gratuitas, y que en vna, o en otra forma no se pudieron hazer, y en ellas, demas de otras muchas nulidades y defetos, interuino lesion enorme y enormissima, por las quales razones, y otras que se contienen en su peticion de oposicion, suplicò de la sentẽcia de vista, sin causar instancia, y pidio reuocacion della, y que don Rodrigo sea condenado a pagarle a ella, y a los dichos don Diego, y doña Maria sus padres, los mil ducados en cada vn año a que se obligò, assi los que ha dexado de pagar desde que casó con doña Ginesa de Zambrana, su segunda muger, como los que yrán corriendo de aqui adelante. Y para que se determine assi se ponderaran algunos fundamentos en este papel, diuididos para mas claridad en tres articulos.

3 ¶ Primero articulo, que por las capitulaciones hechas de 15. de Iunio

Iunio de 619. tiene doña Antonia derecho a los alimentos, sobre que es este pleyto, y es la principal interessada en ellos, y que assi por esta causa, como por derecho natural y ciuil, deue alimentarla don Rodrigo su abuelo, por la necessidad grande en que ella y sus padres se hallan.

4 ¶ El segundo, que las escrituras de que don Rodrigo se vale no tuuieron efeto, por defeto de potestad, voluntad, y solemnidad.

5 ¶ El tercero, que se obligò don Rodrigo, como padre, a alimentar de su propria hazienda y rentas de su mayorazgo a don Diego y doña Maria de la Cueua su muger, y a doña Antonia su nieta, y no de los bienes de los susodichos, que tenia en administracion: y que en caso que por las dichas capitulaciones no huuiessen lugar los dichos alimentos, estàn pedidos como de padre, suegro, y abuelo que es don Rodrigo de los dichos don Diego, y doña Maria, y doña Antonia.

I. ARTICVLO.

6 EL Fundamento deste y los demas articulos ha de resultar de la inteligencia verdadera de las clausulas contenidas en las dichas capitulaciones matrimoniales, que hazen al punto deste pleyto, para lo qual serà preciso el repetirlas aqui, porque a la vista dellas se examine y pondere con acierto seguro la verdad, nã vt Iurisconsulti verbis vtar, in l. de his, ff. de transactionibus, de testamento loquentis, *de his controuersijs, quæ ex testamento proficiscuntur, nec transigi, nec exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti.*

ESCRITVRA DE CAPITVLACIONES matrimoniales.

7 ¶ *Sepan quantos esta carta de escritura de assiento y concierto de capitulaciones de matrimonio, y lo demas que en ella serà contenido, vieren como en la muy noble y muy leal ciudad de Guadix, en quinze dias del mes de Iunio del año de nuestro Saluador Iesu Christo de mil ochocientos y diez y nueue años, ante mi el escriuano publico, y testigos yuso escritos, parecieron de la vna parte el señor don Rodrigo de la Cueua, vezino y Regidor de la ciudad de Guadix, como padre y legitimo administrador de la persona y bienes de don Diego de la Cueua y Benabides su hijo mayor, y sucessor en su casa y mayorazgo, y de doña Mariana Iunteron y Zambrana su legitima muger, difunta; y de la otra el señor don Pablo de la Cueua, vezino de la ciudad de Guadix, señor de las villas de Albuñan, y las demas de su jurisdicion, como padre y legitimo administrador de doña Maria de la Cueua su hija mayor, y de doña Ysabel de Benabides*

su legitima muger, a los quales dichos otorgantes yo el dicho escriuano doy fee conozco, y doy fee son los aqui contenidos, dixeron, que por quanto para el seruicio de Dios, y mediante su diuina gracia, y bendicion, entre sus mercedes està tratado y concertado de que sus mercedes don Diego de la Cueua, su hijo mayor, aya de casar y case legitimamente, segun que lo manda la Sãta Madre Yglesia, con la señora doña Maria de la Cueua, hija mayor del dicho don Pablo, y de la dicha doña Ysabel de Benabides, mediante la dispensacion viniesse, que se ha de impetrar de su Santidad, atento a que los dichos señores contrayentes son primos en segundo grado, el qual dicho casamiento y matrimonio entre los dichos señores ha de venir en efeto, mediante que por ambas las dichas partes se guarden y cumplan las capitulaciones y asiento que en razon de lo susodicho tienen tratado y assentado, que son las siguientes.

8 ¶ *Item, que en caso que el dicho don Rodrigo se casare, es asiento y condicion de las dichas partes, desde el dia que se casare ha de ser obligado de dar alimentos a los dichos don Diego, y doña Maria de la Cueua, mil ducados en cada vn año, y para su seguridad otorgò obligacion en forma, porque durante el dicho tiempo que el dicho don Rodrigo no se casare los ha de tener en su casa a los dichos don Diego, y doña Maria, atento a que durante la menor edad de los dichos señores el dicho don Rodrigo de la Cueua ha de ser administrador de los dichos sus bienes y dote de los susodichos. Y de la dicha dote les ha de acudir, demas de los dichos mil ducados, con los reditos de la dicha dote.*

9 ¶ Despues en onze de Nouiembre del dicho año de 619. se otorgò escritura por el dicho don Rodrigo de la Cueua, hazen relacion de la antecedente, diziendo: *Que por las capitulaciones que por ella se hizieron, que durante la menor edad del dicho don Diego de la Cueua, y aunque la tenga cumplida, mientras no sucediere en su casa y mayorazgo, ha de tener en su casa, y alimentar de todo lo necessario, al dicho don Diego de la Cueua su hijo, y a la dicha doña Maria de la Cueua su muger. Y en caso que el dicho don Rodrigo tomare nueuo estado, y se casare, desde el dia que lo hiziere tuuiesse obligacion de dar y pagar en cada vn año mil ducados, y mas los reditos de la dicha dote que se huuiere cobrado de la dicha doña Maria de la Cueua su nuera, como dize se contiene en la dicha escritura, a que se referia y refiere. Y que cũpliendo con el tenor della se obliga, que todo el tiempo que administrare los bienes de su mayorazgo regirà y administrarà la persona y bienes de los dichos señores su hijo y nuera, y los sustentarà y alimentarà de todo lo necessario, conforme su calidad, y de no hazerlo pueda ser apremiado a ello. Y demas desto se obligò, que si en algun tiempo se casare, y tomare nueuo estado, desde entonces en adelante se obligò de pagar mil ducados en cada vn año, por sus tercios, y mas mil ducados en dineros para poner su casa, y dello otorga la dicha escritura, con sumission a los Alcaldes desta Corte, y salario, y mas pagarà los reditos de la cantidad que se huuiere cobrado de la dote.*

10 ¶ Para el valor que de derecho tiene la obligacion de alimẽtos que don Rodrigo hizo en la clausula de las capitulaciones matrimoniales que està referida, entra doña Antonia fundando su intencion

cion legitimamente, porque todos los pactos y clausulas de las capitulaciones matrimoniales se presumen permitidos, si no es que por alguna justa causa aya dellos expressa prohibicion: l. quæro 28. ff. de pact. dotal. l. 1. & 2. C. de pact. conuent. l. legem, C. de pact. l. 1. §. illud, C. de rei vxor. action. ibi: *Illud etiam generaliter præsenti addere sanctioni necessarium esse duximus, vt si qua pacta intercesserint, vél pro restitutione dotis, vél pro tempore, vél pro vsuris, vèl pro alia quacumque causa, quæ nec contra leges, nec constitutionis sunt ea obseruentur*, Bald. cons. 229. lib. 1. Casaneo. in consuet. burgund. Rubr. 4. §. 9. num. 1. Franc. Molin. tract. de rit. nupt. lib. 3. statim in initio, & quæst. 95. num. 20. ibi: *Pacta matrimonialia omnino censeri permissa dum non reperientur prohibita.*

11 ¶ Y para que no solo no aya causa de prohibicion legal en la dicha obligacion que don Rodrigo de la Cueua hizo antes, por ser tan justificada, y conforme a todo derecho, aya sido y sea de irreuocables efetos, y por ella tenga doña Antonia de la Cueua seguros sus alimentos, es presupuesto cierto, que de la dicha obligacion de alimẽtos que don Rodrigo hizo en fauor de don Diego, y doña Maria, fue causa final y motiuo principal el matrimonio entre los susodichos, para cuyo efeto se celebraron las dichas capitulaciones, lo qual se deduze y comprueua del proemio, con que se dio principio a ellas, ibi: *Dixeron, que por quanto para seruicio de Dios nuestro Señor, y mediante su diuina gracia y bendicion, entre sus mercedes está tratado de que el dicho señor don Diego de la Cueua y Benabides aya de casar y case legitimamente, &c.* Et infra. *El qual dicho casamiento y matrimonio entre los dichos señores ha de venir en efeto, mediante que por ambas las dichas partes se guarden y cumplan las capitulaciones y asiento, &c.* En las quales palabras, y proemio de las capitulaciones matrimoniales, se expressa por causa final dellas el matrimonio que auia de contraerse entre don Diego y doña Maria, y q̃ tuuo efeto despues en virtud dellas, ratio enim in proœmio capitulationum posita denotat causam finalem dispositionis: text. vulgaris in l. Pactuleius Androstenes, ff. de hered. inst. l. 1. ff. de origin. iur. *cuiusque rei potissima pars principium est*, Menoch. lib. 6. præsumpt. 2. ex num. 1. vsque ad num. 18. qui dilucide exornat dict. legem Pactuleius Androstenes, Dom. D. Iuan del Castillo, lib. 5. quotid. 2. part. cap. 119. num. 17. & lib. 4. cap. 47. num. 17. Ioan. Garc. in præfatione operis, de nobilitate, num. 64. Dom. Molin. lib. 1. de Hispanior. primogenijs, cap. 5. num. 4. & 5. & seqq. & in terminis Franc. Becc. cons. 20. num. 11. tom. 1.

12 ¶ Lo qual es mas indubitable y cierto considerando, que en la prefacion de las dichas escrituras no se dio otra razon ni causa alguna que hiziera competencia a la del dicho matrimonio: vt in terminis notabit Stephan. Gratian. disceptat. forens. lib. 1. cap. 96. nu. 29. Petrus Surd. cons. 110. num. 28. lib. 2. & post Menoch. Roland. Ce-

phil. Mantic. Præt. Molin. Tosch. & alios, Dom. D. Ioan. del Castill. lib. 5. quotid. 1. part. cap. 47. num. Casanat. cons. 10. num. 35.

13 ¶ Demas de la razon que está dicha, sacada de la prefacion de las capitulaciones, ay otra mas eficaz, que es la naturaleza peculiar de las dichas capitulaciones matrimoniales, las quales miran el matrimonio como fin principal, para cuyo efeto se celebran. Y aunque ha auido variedad de opiniones. Vna, que atribuye al matrimonio ser solo causa impulsiua de las donaciones y obligaciones hechas por los pudres en fauor de los hijos para su casamiento, Bertrand. cós. 1. num. 3. volum. 1. Dec. cons. 239. num. 2. Crauet. cons. 114. num. 17. Oldrald. cons. 5. Surd. decisi. 322. num. 84. & plures alij. Otra contraria, nempé matrimonium esse causam finalem capitulationum non impulsiuam, vt tenent Cinus & Salicet. in l. generaliter, C. de Episcop. & Cleric. Neuizan. cons. 45. in casu, num. 27. relati, per Cancer. variar. resolut. part. 1. cap. 8. num. 61. vers. *Effectus*. Pero la concordia comun y verdadera destas opiniones es, que la primera tiene lugar en las donaciones hechas por causa del matrimonio en general; y la segunda, quando la donacion y obligació se haze por causa onerosa de matrimonio cierto, con interuencion de tercero: porque en este caso es cosa llana, y sin controuersia, ser el matrimonio causa final de la dicha obligacion: ita tenent Rolandus à Vall. cons. 44. nu. 20. & 22. & 24. & cons. 70. num. 3. & 4. volum. 4. Iacob. Menoch. cons. 261. num. 19. & in Senatu Neapolitano, obseruari testatur, Vincent. de Franch. decisi. 205. num. 2. Nat. cons. 115. num. 2. Fontanell. de pact. nupt. tom. 1. claus. 4. gloss. 1. num 16. cum seqq. Molin. de pactis matrimonial. lib. 3. quæst. 6. num. 72. Dom. D. Ioan. del Castill. dict. lib. 5. 2. part. cap. 119. num. 13.

14 ¶ Siendo, pues, la obligacion de don Rodrigo, y las capitulaciones dichas, por causa onerosa de matrimonio cierto, con determinada persona, que fue doña Maria de la Cueua, y con interuenció de tercero, que fue don Pablo de la Cueua su padre, no recibe duda que de la dicha obligacion fue causa final el matrimonio, conforme a la concordia comun que está dicha.

15 ¶ Deste presupuesto, que es indubitable y cierto, resulta por legitima consequencia el auer adquirido don Diego, doña Maria, y doña Antonia su hija, y los demas descendientes de su matrimonio, derecho irreuocable a los alimentos deuidos por las capitulaciones matrimoniales, como comprehendidos todos debaxo de la causa final, que es el dicho matrimonio, o como partes formales del, o como su fin principal, y causa intencional: vt notabit Guillelm. Rub. in 4. dist. 26. quæst. 1. art. 1. ibi: *Matrimonium consistit in dominio mutuo corporis viri & mulieris irrebocabili collato ex mutua traditione corporis in se inuicem facta ad prolem in charitate, & debite pro creandam.*

16 ¶ Et quatenus attinet al derecho de don Diego y doña Ma-

ria (demas de la razon que está dicha de ser partes formales del matrimonio, en cuyo consentimiento reciproco consiste su verdadera essencia) de las palabras de las capitulaciones consta expressamente que don Rodrigo se obligó a alimentarlos, ibi: *Ha de ser obligado a dar alimentos a los dichos don Diego y doña Maria mil ducados en cada vn año:* ex quibus verbis vtrique coniugi æqualiter stipulanti obligatus remansit: ad text. in l. reos, §. si quis in tabulis, ff. de duobus reis, ibi: *Cum in tabulis esset comprehensum illum, & illum centum aureos stipulatos:* docet Ant. Gomez in l. 52. Taur. num. 67. Pater Molin. tom. 2. de iust. & iur. tractat. 2. dispu. 430. conclusi. 1. Ioan. Garc. de coniugata quæst. num. 114. & in alimentis à patre filiæ, & genero in capitulationibus matrimonialibus promissis, quod vtrique, & pro vtriusque coniugis vita adquirantur, docet Dom. D. Ioan. del Castill. quotid. controuers. lib. 4. cap. 60. num. 44. & num. 55. cum seqq.

17 ¶ Pero aunque el llamamiento y obligacion que ay en fauor de don Diego y doña Maria es tan claro por las palabras expressas de las capitulaciones, mas preciso y expresso está por la inteligencia legal el derecho y llamamiento de doña Antonia, y de los demas hijos que tuuieren los dichos don Diego y doña Maria de su matrimonio, por las razones siguientes.

18 ¶ La primera, porque en el matrimonio entre don Diego y doña Maria (que como queda dicho fue causa final de las capitulaciones matrimoniales) lo que principalmente atendio don Rodrigo fue la conseruacion y propagacion de su linage en los descendientes del dicho matrimonio, para que por medio del se continuasse y conseruasse en ellos la nobleza y lustre heredada de sus progenitores: ex eleganti text. in l. liberorum 220. ff. de verbor. signific. ibi: *Id circo filios filiasque concipimus, atque edimus vt ex prole eorum, earum vé diuturnitatis nobis memoriam in euum relinquamus.* Y la estimacion que merece el cuydado y vigilancia que los padres suelen poner en buscar acertados casamiẽtos a sus hijos cõ muger de igual calidad y sangre, ha sido principalmente porque en ellos se vincula, contra el comun preceto del morir, vna artificiosa inmortalidad, deribada en los descendientes, en quien (renouada la sangre) como en viua representacion se eterniza la memoria de sus progenitores: vt grauiter ait Imperator Iustinianus, Authent. de nupt. in princip. col. 4. ibi: *Si enim matrimonium sic est honestum vt humano generi videatur immortalitatem artificiose introducere, & ex filiorum procreatione renouata genera maneant iugiter Dei clementia, quantam est possibile nostræ immortalitatem donante naturæ rectè nobis studium est de nuptijs.* Hoc autem fuisse primum institutum matrimonij constat Genes. cap. 2. vbi dum Adamum & Euam matrimonio copularet Deus. *Crecite* (dixit) *& multiplicamini*: Matienç. lib. 5. Recopilat. tit. 1. in Rubr. gloss. 1. num. 86. & inter fines matrimonij fide iniuria non inferiorem locum optinere bonum prolis

lis pluribus bonarum artium testimonijs, docuit D. Præses Couarr. de sponsal. 2. part. cap. 3. in princip. Thomas Sanchez, lib. 2. de matrimon. disput. 29. quæst. 3. num. 14. *Primario institutum adeò* (ait) *in naturæ officium, & propagationem sobolis.* Et num. 21. ibi: *Semper enim manet coniugium ordinatum ad suum finem, qui est mutua corporum potestas ad sobolem pro treandam.* Et ibi ait esse peccatum cõtrahere matrimoniũ, quod ordinatur ad copulam propter alios fines præter matrimoniũ, Caietan. Opusc. tom. 1. tractat. 12. de matrimon. quæst. 3. palud. 4. dist. 30. quæst. 2. art. 3. num. 24. Nauarr. in summ. cap. 22. num. 79. y en los padres que buscan a sus hijas maridos, y solicitan a sus hijos mugeres de igual calidad, el vnico y singular motiuo es la procreacion de sus hijos y descendientes: optimè clemens stromat. 2. *Matrimonium propter liberos non propter voluntatem esse debet, ideòque Menander ad seminandos aiebat liberos tibi meam tradidi filiam*: cuios rei rationem asignauit diuinus Plato, lib. 9. de legibus, vbi ait: *Oportet parentes gignere, & æducare liberos, qui vitam, tanquam lampadem posteris tradant, vt sint aliqui Deum colentes iuxta ipsius legem.*

19 ¶ La segunda, porque las donaciones hechas por los padres a sus hijos por causa del matrimonio se equiparan a los pactos dotales, y como aquestos reciben su valor del matrimonio, para cuyo efecto se instituyen, asi aquellos tienen la misma naturaleza, y gozan de los mismos preuilegios, siendo en todo semejantes y vniformes: como lo dixo elegantemente Guido Papę, quęst. 145. col. 2. in medio, ibi: *Tamen est donatio inter viuos facta contemplatione matrimonij per patrem in filium colata, & quæ facta extitit in contractu matrimonij fuitque, & est pars dicti contractus, & confunditur cum solo ipso contractu dotali, & fingitur esse vnus contractus*: iuxta notata per Bald. in l. 2. & l. petens, C. de pact. Y los pactos dotales, hechos en fauor del matrimonio, lo que principalmente atienden y consideran en el es la procreacion de los hijos y descendientes que aumentan, ilustran, y engrandecen las republicas, l. 1. ff. solut. matrimon. ibi: *Cum dotatas esse fœminas, ad sobolem procreandam replendamque liberis ciuitatẽ maximé sit necessariũ*: l. 7. §. 3. ff. de bonis damnator, ibi: *Fauorabilem apud me causam liberorum Albini filiorum numerus facit, cum ampliari Imperium hominum adiectione potius, quam pecuniarum copia malim*: l. 1. §. 15. ff. de ventre in possessionem mittendo, & similibus. Y de tal manera es esto cierto, que si la muger a quien se dà la dote es esteril, cessan los preuilegios referidos cessando la causa final dellos, que es la esperança de sucession: ita magistraliter docuit Barbosa in l. 1. ff. solut. matrimon. 1. part. nu. 82. in hæc verba: *Vnde si benè aduertas priuilegia principaliter fuerunt concessa doti propter matrimonium, vt scilicèt facilius matrimonium contraheretur non autem fuerunt concessa propter matrimonium simpliciter, sed quatenus ex eo speratur sequi illud bonum humanum, tanquam à causa idest prolis procreatio vnde videtur inferri, quod si ex matrimonio non speretur sequi proles doti*

non

non competent priuilegia, nam cum propter matrimonium doti fuerunt concessa priuilegia non quidem propter se, sed quatenus speratur sequi ex matrimonio illud bonum humanum, idest prolis procreatio cessante ratione si ex matrimonio non speretur sequi illud bonum commune, neque propter illud doti conceduntur priuilegia: iuxta tradita per Roland. cons.62. num.52.lib. 2. Luego de la misma forma la obligacion hecha por don Rodrigo por causa del matrimonio no lo considerò simplemente, si no como ordenado al bien de la procreacion de los hijos y descendientes, siendo ellos la causa final y principal de los preuilegios de la dicha obligacion: argumento á paritate rationis, quod in iure nostro validissimum est, l. illud, ff. ad legem Aquiliam, l. non possunt, & sequentibus, ff. de legibus, §. recté. Instit. mandati, Farinac. in fragment. criminal. part. 1. lit. E. num.188.

20 ¶ La tercera, porque siendo el matrimonio causa final de las capitulaciones, y por cuyo respeto tuuo efeto en don Diego y doña Maria la adquisicion y derecho a los alimentos (como està ponderado) y siendo asimismo causa final del matrimonio doña Antonia, y los demas hijos y descendientes del, con mas justo titulo y mayor razon serian y son ellos causa final de las dichas capitulaciones, y de la dicha adquisicion, y consiguientemente adquirieron y tienen mejor y mas eficaz derecho a los alimentos que los dichos sus padres, ex duplici philosophorum proloquio in iurisprudencia recepto, & causa causæ, & se causam causati, & id propterque vnum, quodque tale potiori iure esse tale, l. dotem dedit, ff. de collat. bonorum, l. manumissiones, ff. de iust. & iur. Authent. cum multæ, C. de Episcop. & Cleric. D. Castill. lib. 4. quotid. cap. 60. in apendice, num. 38. circa medium.

21 ¶ La quarta, porque de la razon que està dicha nace el llamamiento y derecho claro que los hijos y descendientes del dicho matrimonio entre don Diego y doña Maria tienen a los alimentos sobre que es este pleyto: porque aunque en las capitulaciones matrimoniales no se aya hecho especial mencion dellos, nihilominus la obligacion que don Rodrigo hizo no solo fue en fauor de don Diego y doña Maria, si no principalmente en fauor de doña Antonia su hija, y los demas descendientes del dicho matrimonio: porque en las estipulaciones y contratos no se atiende tanto a las palabras como a la voluntad y consentimiento, y a la causa final, en que se funda, y por la mayor, o menor comprehension della se limita, o estiende la significacion dellas: l. semper in stipulationibus, ff. de reg. iur. semper in stipulationibus, & cæteri contractibus, id sequimur quod actum est, & ibi Decius, l. sed & celsus, §. si fundus, ff. de contrahend. empt. ibi: *Potius id quod actum est, quam quod dictum est sequendum*, l. promittendo, in principio, ff. de iure dotium, ibi: *Magis enim res, quàm verba intuenda sunt*, l. dotis fructus, §. si vsusfructus, eod. tit. inspiciendum est, primo loco quod actum sit, l. regula, §. vltimo, ff. de iuris & facti igno-

rant.ibi: *Quia initium constitutionis generale est*, Curt. iun. cons. 174. Molin. lib. 1. cap. 5. num. 45. Cardinal. Mantic. de tacit. & ambig. conuent. lib. 1. tit. 17. num. 36. Alexand. cons. 28. in princip. lib. 1. Abb. cons. 43. sub num. 4. lib. 1. Paris. cons. 78. num. 10. lib. 1. vbi quod á mente pendet substantia contractus, Iason, in l. 3. C. de liber. præterit. Roland. cons. 61. num. 33. lib. 2. Petr. Surd. cons. 381. num. 20. lib. 3.

22 ¶ Et huius rei ratio est, porque las palabras no tienen significacion natural de los conceptos, si no arbitraria y accidental, y siépre reciben significacion del concepto y causa final de la disposicion en que se ponen, porque como la misma causa final dá forma y valor al contrato y obligacion que se dirige della: l. 2. §. circa, ff. de dol. mali, & met. except. Curt. iun. cons. 36. num. 15. Iacob. Cancer. variar. cap. de pact. nu. 237. D. Ioan. del Castill. lib. 4. controuers. cap. 60. additione 1. num. 3. circa medium: ita consequenter dá interpretacion a las palabras con que se significa, l. cum pater, §. dulcissimis, ff. de leg. 2. l. illis libertis, ff. de condit. & demonstrat. l. nomen debitorũ, §. fin. ff. de legat. 3. & vt docuit Bald. in l. si quis seruo, num. 7. C. de furtis ratio dispositionis est ipsa dispositio, vél saltim est potior pars, quia est anima & spiritus dispositionis, Tiraquell. in l. si vnquam, verbo. *Libertis*, num. 38. C. de reuocand. donat. & post plures Dom. Molin. lib. 1. de Hispanor. primogen. cap. 5. à num. 7. cum seqq. idem Bald. in l. regul. §. vltim. ff. de iur. & fact. ignorant. præfationes enim (ait) prestant lumen dispositioni, & per eas collitur incertitudo; D. Castill. lib. 4. controuers. cap. 47. per totum.

24 ¶ La quinta, porque aunque don Diego y doña Maria fueron nombrados y llamados expressamente a los alimentos, y la regla dellos es, que no se estiendan a diferentes personas, præter nominatas, l. cum hi, §. modus, ff. de transact. l. fin. §. dominus, ff. de vsufruct. l. firmio, in fin. ff. quando dies legati cedat, cum similibus, Stephan. Gratian. discept. lib. 1. cap. 104. Petr. Surd. de aliment. tit. 5. quæst. 1. num. 1. & 2. Pero esta regla se verifica quando se dan gratia nominatorum, & non aliorum personarum, porque en el vltimo caso siempre se atiende a la persona por cuya causa se dan los alimentos, y en esta materia, como en las demas, es la causa final la que limita, o estiéde la comprehension de los alimentos: l. illis libertis 83. ff. de condit. & demonstrat. l. Seyo, ff. de annuis legat. cum similibus, Cacheranus, decisi. Pedemont. 98. num. 3. Petr. Surd. cons. 150. num. 38. lib. 1. & de aliment. tit. 5. quæst. 5. num. 5. & tit. 9. quæst. 47. num. 10. Mantic. de coniect. vltimar. volunt. lib. 6. tit. 14. ex num. 8. Mier. de maiorat. part. 2. quæst. 6. num. 48. vers. *Infertur, & in capitulationibus matrimonialibus*, docuit Dom. Castill. lib. 4. controuers. cap. 60. in apendice, num. 37. Y como dixo el Iurisconsulto en la l. iuris gentium, §. pactorum, ff. de pactis, muchas vezes se nombran en los contratos

tratos personas determinadas, no para que sean personales, si no para que se sepa con quien se celebran, ibi: *Plerumque enim (vt pedius ait) persona pacto inseritur, non vt personale pactum fiat, sed vt demonstratur cũ quo pactum factum est:* l. si pactum 11. ff. de probat. l. nec codicilos, C. de codicil. cum filibus.

25 ¶ Y de aqui es, que no se atienda en los actos humanos para regular la adquisicion dellos a los primeros llamamientos, ni a la interposicion de personas nombradas, si no a los que en el concepto del disponente tuuieren primero lugar de afeccion y amor: vt inquit Iurisconsultus in l. 3. §. hoc autem, ff. de legat. præstand. *Non enim quæri oportet cum quo de supremis quis loquitur, sed inquem voluntatis intentio dirigitur,* l. fideicommis. §. interdum, ff. de legat. 3. *Multum autem interst arbitror, cui voluit prospectum cuiusque contemplatione testator fecerit.* Y desta verdad ay en el derecho muy ajustados exemplos, como es en las donaciones hechas a la muger por los consanguineos del marido q̃ se adquiere a el, y no a ella; & ècõtra l. sed si plures, §. in arrogato, ff. de vulgar. & in specie tradunt Menoch. cõs. 40. n. 20. Thom. Sanch. lib. 6. disp. 26. num. 11. vsque ad 21. Petr. Surd. decisi. 118. num. 5. plenissimè Ioan. Gutierr. lib. 1. quæst. 120 per totam, Ioan. Garc. de coniugal. á quæst. ex num. 101. cum seq. en las donaciones hechas a los Embajadores, que no se adquieren a ellos, si no a los Principes que los embian, Stephan. Gratian. discept. forens. lib. 1. cap. 189. nu. 9. Y finalmente en nuestro intento es indiuidual la decision de las leyes 17. y 22. de Toro, donde las mejoras de tercio y quinto, hechas en fauor de los hijos por causa onerosa de matrimonio cierto, con interuencion de tercero, se adquieren a las mugeres, y hijos, para que no puedan los mejorados renũciarlas, ni disponer dellas en su perjuyzio, como despues diremos latamente.

26 ¶ Por manera, que siendo el principal fin del matrimonio los hijos y descendientes del quando don Rodrigo se obligò, principalmente quiso obligarse en fauor dellos, y este fue su sentido y voluntad, esto lo que dixo, y lo que en las palabras de las capitulaciones se comprehẽde y significa: y si en caso que no se significasse por ellas, no fuera nueuo que en fuerça de la voluntad se presumiesse falta de pluma, y sobra de disposicion: l. cum auus, ff. de condit. & demonstrat. ibi: *Cum minus scriptum, quam dictum fuerit inueniretur*: l. 1. § si ex fundo, ff. de hered. Inst. quia credimus plus nũcupatum minus scriptum. Con mayor razon deuen ser fauorecidos doña Antonia y los demas descendientes en el derecho de los alimentos, por auerse hecho dellos expressa mencion en la que se hizo del matrimonio, a quien se sigue por legitima consequencia la consideracion de los hijos y descendientes del, expressum enim dicitur, quod sub ratione, & causa comprehẽditur quamuis verbis omissum sit, l. Seyo quæsitum, ff. de testib. l. si postulauerit, §. sed si negauit, ff. ad leg. Iuliam, de adulter. Decius,

conf. 15. num. 2. Bald. conf. 384. col. 2. lib. 1. Molin. de Hispanior. primogen. lib. 1. cap. 5. num. 11. in his enim, quæ sub ratione comprehenduntur non dicitur fieri interpretatio extensiua, sed comprehensiua, Bald. in l. quamuis, in princip. C. de fideicommis. Oldrald. conf. 185. Tiraquell. in l. si vnquam, verbo. *Libertis*, nu. 37. C. de reuocand. donat.

27 ¶ La sexta, porque caso negado que no huuiessen tenido de presente memoria de los hijos y descendientes del matrimonio los que por causa del otorgaron las capitulaciones matrimoniales; pero si les preguntassen en aquella ocasion si querian que las obligaciones y pactos que celebrauan se estendiessen a los hijos y descendientes, sin duda responderian que si, y si don Rodrigo lo resistiesse no se deue creer que don Pablo de la Cueua, padre de doña Maria, otorgaria por su parte cosa alguna, ni menos que don Rodrigo pondria en esto dificultad, por el intenso amor de los hombres a sus nietos, y descendiẽtes, que se adelanta a ser mayor que el de los hijos: vt (ex bona ratione per Socin. iun. tradita decisi. Florent. 13. num. 18.) scribit Paul. Fusies, in singul. suis, lit. A. num. 61. Monterà Cueua, decisi. 16. nu. 6. text. elegans in l. generaliter, §. cum autem, C. de inst. & subst. ibi: *Non esse verisimile patrem si de nepotibus cogitasset talem fecisse substitutionem.* Y en nuestros terminos son dignas de ponderacion las palabras del señor dõ Iuã del Castill. lib. 4. controuers. in apendice, c. 60. n. 45. ibi: *Nec verisimiliter* (inquit) *credendum est, quod gener si tempore capitulationum matrimonialium de hoc casu recordatus fuisset, eum vé præuenisset pacta aliter concluderet, nec matrimonium contraheret, nisi ad eum modum socer assentiret, socer etiam ipse, qui ita indefinite, & absolute pro tempore vitæ suæ se obligauit, & nepotes prout filios, imò magis dilexisse credendum est, non desineret in idem conuenire, imò assentiret libenter propter fauorem, & commodum nepotum.* La qual consideracion es tan fuerte, que en todos los casos y cosas a que se ajusta se tiene por dispuesto aquello que dispusiera el otorgante si fuera preguntado, o se acordara dello: ad text. in l. tale pactum, §. fin. ff. de pact. & ibi gloss. fin. docent communiter DD. l. Barbar. Philippus, ff. de officio Prætoris, ibi: *Sed si scisset seruum esse liberum fecisset*, l. mulier in principio, vers. *Decreuisse*, ff. ad Trebel. & ibi Claud. l. Titius, §. Lutius, ff. de liber. & posth. Petr. Perat. in l. si quis, in principio testamenti, ff. de legat. 3. nu. 151. vers. *Tertius casus*, Iason, conf. 171. col. 2. lib. 4. Roland. conf. 6. nu. 34. lib. 4. Aluar. Valasc. consultat. 193. num. 5. Siluester Aldrobandinus, conf. 29. num. 31. & conf. 30. ex num. 1. Petr. Surd. conf. 88. num. 15. lib. 1. ibi: *Quod gloss. in dict. l. tale pactum, habet locum in quacumque dispositione nulla excepta*: idem Surd. conf. 150. num. 14. eod. lib. 1. vbi: *Quod dicta regula procedit in pactis, & statutis in contractibus, & conuentionibus, quibus libet, & in omni materia.*

28 ¶ La septima, porque para el intento que se funda, de que los

los hijos y descendientes tengan derecho a los alimentos, y demas obligaciones hechas en las capitulaciones matrimoniales, y en fauor del matrimonio: es texto expresso la ley Diui, C. de natural. liber. dõde hablando el Emperador Cenon de las de las dotes, donaciones propter nuptias, y capitulaciones matrimoniales, dize, que todos los hijos del matrimonio, para que se celebrã, adquieren derecho a ellas, assi los auidos constante el matrimonio, como los que se legitiman por el, ibi: *Pactis quæ matrimonij tempore super dotibus, vél ante nuptias donationis rebus subsequuta fuerint, etiam ad ipsorum personas pertinentibus, vt vna cum fratribus suis forte ex eidem parentibus postea progenitis, aut soli, si nullus alius sit pro creatus dotis, & ante nuptias donationis pro tenore legum, nec minus pactorum emolumenta percipiant.* En las quales palabras es de notar la diccion, *etiam*, ibi: *Etiam ad ipsorum personas pertinentibus*; donde hablando de los hijos legitimados per subsequens matrimonium, supone, que los auidos constante el matrimonio tienen indubitable derecho a las obligaciones hechas en las capitulaciones matrimoniales, que por ser cosa tan llana primero que lo decida lo supone, hæc enim dictio implicatiua est, quæ exprimit casum dubitabilem, & indubitabilem supponit, l. etiam, ff. de verbor. sign. l. conuentiuncula, C. de Episcop. & Cleric. l. etiam, C. si tutor, vèl curator, Deci. in l. quamquam, num. 10. C. de testam. militis, cap. vnic. de cõmodat. vbi Panorm. num. 3. Geminian. in cap. cum beneficio, nu. 7. de Præbend. in 6. Calder. cons. 4. in fin. de Præbend. Cephal. cons. 68. num. 9. lib. 1. Cened. post librum Canonic. quæst. singular. 51. num. 1. quod pluribus conclusionibus tam in materia fauorabili, quam odiosa, copiose exornat August. Barbosa, pluribus relatis, tractat. 5. de dict. vsu frequent. dict. 112. à num. 1. cum alij seqq. Y assi la verdadera determinacion de la dicha ley presupone por cosa llana el derecho que doña Antonia como auida constante el matrimonio tiene a las capitulaciones matrimoniales que por su respeto y consideracion se hizieron: & hanc conclusionem præter alios plurimos tenent Philippus Paschal. de virib. patriæ potestatis, part. 1. cap. 4. nu. 37. Ranchin. in annotat. ad Guidon. Pap. quæst. 145. ibi: *Illa vero, quæ fit fauore matrimonij fit á patre, vèl matre, ipsi sponso, & consequenter filijs ipsius matrimonij*, Ioan. Franc. Ponte, cons. 25. Marius Cutelus, tractat. de donat. inter patrem & filium contemplatione matrimonij, 1. part. discurs. 4. num. 5. Fabius de Anna. cons. 134. num. 6. Fontanell. de pact. nupt. tom. 1. claus. 4. gloss. 1. num. 30. Anneus Robert. rer. iudicat. lib. c. 2. idé Fõtanell. de pact. nuptial. tom. 1. claus. 4. gloss. 1. num. 71.

29 ¶ Reconocida la verdad de las razones dichas, para diuertir la fuerça dellas en la rayz se ha pretendido negar que el matrimonio sea causa final de las capitulaciones, y de la obligacion de alimentos en ella hecha. Lo primero, porque la causa final no ha de mirar tanto

la comodidad del donatario como la del que por respeto della haze la obligacion, diziendo, que a don Rodrigo no se le siguio vtilidad ni emolumento de la que hizo en las capitulaciones, y que asi no pudo ser el matrimonio causa final dellas: vt ex Tiraquell. in l. si vnquam, verbo. *Donatione largitus*, num.124. tradit Vincent. Caro. in allegat. 86. num. 21. & ex alijs refert Roland.cons.44.num.2. volum.4. Lo segundo, que don Rodrigo no estaua obligado a celebrar las capitulaciones matrimoniales, y que la obligacion que hizo fue voluntaria, y no necessaria, en el qual caso no pudo considerarse causa final, quæ solum in casu necessitatis liberalitatem excludentis contemplatur, Angel. in l. sed & hoc, ff. de re iudicat. Iason, in l. inter eos, eod. tit. Decian. respons.3.num.23.volum.1. Pero a estas dificultades se responde concluyentemente.

30 ¶ A la primera se responde. Lo vno, que fue grande vtilidad de don Rodrigo el casar a su hijo don Diego con muger de igual calidad, como lo considerò Matienço, lib.5. Recopilat. l.1.tit.6.gloss.S. num. 7. *Expedit patri merum generosam, & pinguiorem dotem afferentem inuenire.* Y el Poeta Virgil.lib.1.Æneidos ita cecinit.

Omnes vt tecum meritis pro talibus annos
Exigat, & pulchra faciat de prole parentem.

Lo otro, que no solo mirò a la vtilidad de los donatarios la dicha obligacion, si no a los padres de la dicha doña Maria, y a toda su familia, vt aliàs in simili casu docuit Fontanell. de pact. nuptial. tom.1. claus. 4. gloss.1. num.30. ibi: *Continet enim præter commodum donatarij vtilitatem, etiam vxoris illius, & parentum quorum maximè interest generum, & maritum, respectiuè habere diuitem sic enim honorificentius viuent, sic mulier securiorem habebit dotem, sic filij securè habebunt vnde viuant, & alia cōmoda repertabūt omnes, quæ cuique facile est cōsiderare, &c.* Y en este caso, quando se interpone vtilidad, o conueniencia de tercero, no es necessario que aya vtilidad del que se obliga para que el matrimonio sea causa final, quia obligatio & donatio hæc dicitur ob causam, Bart. in allegat. 2. §.fin. ff. de donat. Tiraquell. de cessant. caus. num.52. vbi ait, neminem reperiisse contradictorem præter Baldum, cui ipse respondet Barbos. in l. 1. num.41. ff. solut. matrimon. idem Fontanell. eodem loco, num.31.

31 ¶ A la segunda se responde. Lo primero, que no se requiere para que la causa sea final que la obligacion sea necessaria, y no voluntaria, porque esta calidad no tiene fundamento de derecho: ita D. Præses Couarr. in cap. Rainald. §. 2. num. 6. vers. *Præfata vero*, circa finem, de testamentis, latissimé Roland. á Valle, cons. 44. nu. 30. Fontanell. de pactis nupt. claus. 4. gloss.1. num.33. Lo segundo, que en don Rodrigo concurrieron al tiempo del otorgamiento de las capitulaciones el oficio de padre, para obligarse en ellas en fauor de don Diego su hijo, y obligacion natural a alimētarlo a el y a doña Ma-

ria

ria su muger, y toda su familia.

32 ¶ Oficio de padre, porque notoria cosa es que los padres hazen experiencia del afecto natural y amor que a sus hijos tienen buscandoles casamientos lustrosos, y obligandose en fauor dellos, y otorgando capitulaciones matrimoniales para que tenga efeto: ex celebri text. in l. fin. de dotis promissione, ibi: *Nec enim legis in cognitæ sunt, quibus cautum est parentum esse officium, & dotem, & donationem, propter nuptias pro sua dare progenie*: tradit Bald. nobel. de dote, 6. part. especiali 17. num. 1. Rip. in l. 1. ff. solut. matrim. num. 87. Iason, cons. 231. num. 3. l. 2. Guillerm. in cap. reinunt. verbo. *Dotem*, num. 29. de testament. Corras. in l. qui liberos, nu. 136. de rit. nupt. in locum autem donationis propter nuptias sucedio la donacion por causa del matrimonio, Petr. Sanch. Morquecho, de diuisi. bonor. lib. 2. cap. 17. num. 2. y aunque Tello Fernandez en la l. 17. de Toro, num. 78. y en la l. 22. num. 24. y en la l. 29. num. 5. dixo, que la donacion propter nuptias era distinta de la que conforme a nuestras leyes Reales se haze por causa del matrimonio, confessando la distincion por las razones que alega, solo dezimos, que sucedio en su lugar, y que le es muy semejante, y especialmente en quanto a la materia de que tratamos, porque el oficio de padre igualmente se considera en ambas, sin que pueda en esto reconocerse ninguna diferencia ni disparidad; y esta inteligencia es comun de los Autores del Reyno que han escrito despues de Tello Fernandez, y han explicado esta distincion, Matienç. l. 1. gloss. 8. tit. 6. lib. 5. de Recopil. num. 8. vt copiosè & eleganter Andræas Angulus, de meliorat. l. 9. gloss. 3. á num. 20. cum seqq. donde refiere los fundamentos de Tello Fernandez, y satisfaze a ellos concluyendo, que siendo la donacion por causa de matrimonio cierto con determinada persona, y con interuencion de tercero, es mucha la paridad que tiene con las donaciones propter nuptias del derecho comun, de que hablò la dict. l. fin. vt in specie probat Fab. de Annan. tom. 2. cons. 134. ibi: *Matrimonio, & liberis maximè fauetur, & officium patris impletur ad quod filio vxorem ducẽte iudicis officio compelli potest*, l. fin. C. de dotis promis. Molin. de rit. nupt. lib. 3. in præludio, num. 36. Faber, de error. pragmat. part. 2. decad. 41. error. 3. num. 7. & 8. Pater Molin. de iust. & iur. tom. 1. disp. 238. & de contract. disp. 290. & ex copiosa allegatione Mariuscutel. de donat. inter patrem & filium, tractat. 1. discurs. 1. part. vnic. nu. 8.

33 ¶ Obligacion a los alimentos, porque don Rodrigo como padre legitimo y natural de don Diego tenia y tiene obligacion de alimentarlo, l. 1. §. ius naturale, ff. de iust. & iur. cap. ius naturale. dist. 1. princip. Instit. de iure nat. gent. l. si quis á liberis, ff. de liber. agnoscend. ibi: *Competentes iudicis alitē à patre tuo pro modo facultatum eius iubebunt*: & §. si vèl parens, eiusdem legis, vers. *Si quis ex his*, ibi: *Pro modo facultatum alimenta constituent, quæ si non præstent pignoribus captis*;

tis, & distractis cogentur sententiæ satisfacere: l. fin. C. de alien. liber ibi: *Quod si sponte non fecerit additus competens iudex alimenta pro modo facultatum præstare tibi iubebit*, Bart. post gloss. in dict. l. si quis á liberis DD. in cap. cum haberet de eo, qui duxit in vxor. quam pol. per adult. l. 1. tit. 19. part. 4. Iuan Bapt. Pontan. de aliment. cap. 2. num. 1. cum vulgatis doctrinis.

34 ¶ Y los alimentos deuidos a los dichos don Diego se le han de dar considerada su calidad, y ser hijo primogenito, y successor inmediato en la casa y mayorazgo del dicho don Rodrigo su padre, vt se familiam & famulos congruenter alere posit, l. si qui, ff. de annuis legatis, l. Męia. l. pen. ff. de aliment. & ciuar. legat. l. tutor secundum dignitatem, in princip. ff. de administr. tutor. l. 1. §. mulier, l. habitatio, ff. de ventre in possessionem mittendo, l. sed si quid in ædeficauerit, ff. de vsufructo, §. sufficienter, Tiraquell. de nobilitat. cap. 20. num. 143. laté Lara in l. si quis á liberis, §. sed si filius, num 43. ff. de liber. agnoscend. Surdus, tractat. de aliment. tit. 4. quæst. 18. num. 1. cum seqq. & præcipué num. 8. & 9. & in terminis quod pinguiora, & ampliora debeantur alimenta primogenitis propter spem, quam habent successiones futurę voluit, gloss. in cap. quam periculosum, vers. *Primatus* 7. quæst. 1. vbi ait: *Quod duplicatos cibos rescipere debet*, Tiraquell. de primogenijs in præfatione, num. 12. Surd. quæst. 18. num. 25. Andræas Molfesues, ad consuetudines Neapolitanas, part. 5. quęst. 6. á num. 5. cum seqq. La misma obligacion se considera en doña Maria, muger del dicho don Diego, para que don Rodrigo la aya de alimentar como a su mismo hijo, cuius per matrimonium eadem caro effecta fuit, cap. si vir & vxor 35. quæst. 2. text. in l. si filia, §. hoc amplius, ibi: *Quasi hoc quoque matrimonium onus ad ipsam spectet, quia filij onera, & nurus agnocere necesse habet*, ff. famil. ercisc und. Surd. quæst. 38. dict. tractat. 1. & ita expresse voluit, gloss. in l. si quis à liberis, §. non autem, vers. *Onera*, & ibi Bart. ff. de liber. agnoscend. cum alijs pluribus.

35 ¶ Y vltimamente estando los dichos don Diego y doña Maria tan pobres, como despues diremos, y auiendo de sustentarlos el dicho don Rodrigo desde que se otorgaron las dichas capitulaciones, ha tenido y tiene tambien precisa obligacion de alimentar a la dicha doña Antonia su nieta, como a hija de don Diego y doña Maria, primogenita y successora en su mayorazgo: l. fin. C. de dotis promis. ibi: *Nepotem, vèl neptem, vél deinceps alere parenti necesse est non propter hereditatem, sed propter ipsam naturam, & leges*, gloss. in l. si quis á liber. ff. de liber. agnocend. Surd. de aliment. tractat. 1. quęst. 12. num. 1. cum seqq. Iuan Bapt. Pontan. tractat. de aliment. cap. 10. num. 11. & 12. Y no solo tiene obligacion a alimentarla, si no tambien de dotarla competentemente, l. dotem dodit, ff. de col. l. & in eo, §. sin autem, cum lege seq. ff. de in rem verso, l. pater, ff. de euict. l. Iulianus, §. sed si filius,

vbi

vbi gloss. in versic. Pro filia, ff. ad Macedon. Bart. in l. vbi eum, secuntur omnes, ff. de solut. matrim. Carrof. in l. qui liberos, num. 104. ff. de ritu nupt. Crauet. consil. 219. num. 1. Natta consil. 363. num. 5. Zephal. consil. 105. & consil. 345. num. 6. Surd. dict. quæst. 12. nu. 5.

36 ¶ Para ajustar las conclusiones referidas en quanto a la obligacion natural de alimétos al hecho deste pleyto, son necessarias dos cosas conforme a las dotrinas que estan alegadas, y conclusiones dichas; scilicèt, de necesidad y pobreza en los alimentos; y hazienda bastante en el que ha de dar los alimentos, las quales demas de ser notorias a todos, estan notoriamente prouadas en este pleyto.

37 ¶ Y porque no embarace el discurso la controuersia, prosiga entre los Dotores a quien incumba la carga de prouar aliquem esse pauperem, vel debitem; la resolucion cierta es, que a doña Antonia y sus padres le toca el auer prouado la necesidad estrema en que se hallan, como fundamento de su demanda y oposicion, y a don Rodrigo q̃ no tenia intiene haziéda bastáte para alimétarlos, por ser esta la calidad de sus excepciones, gloss. in l. si vero 5. §. qui pro rei qualitate, verbo, *dubitetur*, ff. qui satisd. cogant. Afflict. decis. 377. nume. 46. & 47. Tiraquell. de retract. lignag. §. 32. gloss. vnic. num. 94. Petrus Plaça in epitom. delict. cap. 13. post. nu. 21. Aimon Crauet. consil. 912. num. 3. & consil. 94. num. 9. Baeç. de non melioran. ratio. dot. filiab. cap. 36. num. 13. & 16. Roderic. Suar. l. 1. titu. de las arras num. 15. & 16, Franc. Beccius communem afferens, consil. 105. num. 28. vol. 2. & pro omnibus Aluar. de Valasc. de priuileg. pauper, quæstio. 5. num. 11.

38 ¶ En quanto a la necesidad extrema en que don Diego y doña Maria se hallan, y que han tenido siempre, y tenian quando se casaron, y que no se efetuara el casamiento si don Rodrigo no vuiera hecho la obligacion de alimentos (porque sin ella no pudieran passar ni sustentar las cargas del matrimonio) es grande la prouança que dō Diego tiene hecha, asi en la primera instancia en la segunda, tercera y quarta preguntas, como en la de renista, en la tercera pregunta, cō testigos contestes, y mayores de toda excepcion, que concluyen auer estado y estar don Diego y doña Maria, y su hija, muy pobres, y sin poder sustentarse, y que el valor de la hazienda q̃ tienen, despues de las transaciones que don Rodrigo les obligó a hazer; y que lo que por ellas parace auerles entregado, no llega a docientos y cincuenta ducados. Y que no tienen ni se les conocen otros bienes, de manera que al tiempo de las capitulaciones quando don Diego se caso no posseia bienes ni hazienda en poca ni en mucha cantidad.

39 ¶ Para lo qual es euidente conuencimiento de don Rodrigo el auerse allanado don Diego por peticion presentada en este pleyto en cinco de Abril de 633. rollo fol. 229. a entregar a su parte todos los bienes que le dio en pago de la hazienda de su madre doña Maria

na de Aragon, y los que tenia por cabeça de doña Maria dela Cueua su muger, por dociétos ducados en cada vn año; y porque don Rodrigo auia ofrecido que daria los bienes de su mayorazgo por mil y docientos ducados acetò don Diego el allanamiento, y se allano de su parte a recibir la dicha hazienda, y dar a su padre mil y docientos ducados en cada vn año por los bienes del mayorazgo, ò mil y quinié tos por el mayorazgo y bienes libres juntamente, y que no le pedirá alimentos, y a dar fianças a cótento dela justicia, rollo fol. 253. Y no queriendo don Rodrigo passar adelante con el intento començado, pidio don Diego que se le apremiasse a ello. De que se colige con euidencia, que la haziéda de don Diego no valiera mas cantidad delos docientos ducados, pues si tuuiesse mas valor, no es de creer que lo auia de querer perder tan sin fundamento ni razon, argum. ex in l. cũ de indebito, ff. de probation. cum similib. Y puesto don Rodrigo en este aprieto, y acetando tomar la hazienda de don Diego, porque le dixeron que auia de ser con la carga de censos y Missas, con que se la entregaron, se salio a fuera y no la quiso; y ni tampoco quiso cumplir con lo que auia ofrecido de dar su hazienda; y solo tratò de auenturar estos allanamientos, para que en caso que don Diego (menos aduertido del valor dela hazienda de su padre) no se determinara a acetarlos, tuuiera algun color y cabilacion de que valerse; pero auiendo acetado don Diego, cosa que tambien le estaua, halló don Rodrigo en su intento su conuencimiento, y el poco fundamento de su pretension, & dum efuso sermone se iactauit in profundum incidit sui periculum, argum. tex. in l. fin. C. de dotis promiss.

30 ¶ Y ha llegado a tanto estremo destas necessidades en vn Cauallero de las obligaciones de don Diego de la Cueua, que se adelanta vn testigo (y se refiere en el memorial, preg. 3. del interrogatorio, en la segunda instancia) que se le murio vn hijo de hambre. Lo qual aunque pudiera parecer en otras materias la tacha ordinaria de singularidad, en esta que es de alimentos, por su naturaleza priuilegiados se deue creer y admitir llanamente, in materia enim alimentorũ, quę pauperi decernenda sunt, sufficit vnus singularis testis pro exigente deponens, ex eleganti doctrina Hieronym. Zauall. qui post Do. Ludouis. Molin. Tiber. Decian. Iacob. Menoch. ita testatur commun. contra comm. lib. 3. quæst. 757. nu. 120. Y no es dificultoso de creer esto, quãdo en doña Antonia y sus padres deue temerse el mismo riesgo que de negarles los alimentos deuidos don Rodrigo, pueden resultar, arg. text. in l. necere, ff. de libe. agnos.

31 ¶ Contra la pretension de los actores no ha hecho prouança alguna don Rodrigo, ni menos ha hallado testigo que conteste cõ sus excepciones (teniendo obligacion de prouarlas como queda dicho) ni que se aya atreuido a dezir, que no tiene hazienda, ni caudal para pagar los alimentos que deue, y la que los actores han hecho, es muy concluyente, por la qual consta como don Rodrigo antes de

las capitulaciones, y al tiempo dellas, y despues ha tenido y tiene mas de quatro mil ducados de renta, y muchos bienes libres, grande menaje de casa, coche, cauallos, esclauos, y muy ricas colgaduras, las mejores que auia en la ciudad de Guadix, muchos bienes y possessiones de grande valor. Y para prouar don Diego que su padre ahorra cada año dos mil ducados, cumplidos los gastos ordinarios de su familia, se vale de la particion de los bienes ganenciales que quedaron por muerte de doña Mariana de Aragon su madre, que montaron treinta y seis mil ducados, en diez y ocho años que estuuo casado con ella don Rodrigo, a dos mil ducados cada año. De mas de lo qual consta por testimonios presentados, como don Rodrigo ha comprado despues acà muchos bienes; todo lo qual arguye la prosperidad y riqueza en que don Rodrigo se ha hallado siempre: porque como dixo Aristot. lib. 1. Retor. cap. 5. *Diuitiarum partes sunt nummi agri, prædia, suppelex, animalia bruta, mancipia multitudine magnitudineque excelentia.* Y porque para estos gastos, y ostentacion es menester tener grandes rentas, y ser muy poderosos y ricos, dixo el mismo Aristo. en el lugar citado. *Diuitem magis in vtendo, quam in possidendo consistere.* Dando a entender, que de lo primero se colegia lo segundo. Y assi Horat. Epist. 12. ad Iccium ita cecinit. *Tolle querellas,*

Pauper enim non est cui rerum suppetit vsus
Si ventri bene si lateri est pedibusque tuis nil,
Diuitiæ poterant regales addere maius.

32 ¶ Y no es nueuo señor, que quando los hijos piden alimẽtos, ya que no pueda negarse que tengan necessidad dellos, traten los padres de desacreditar sus haziendas, ocultandolas, desminuyendolas, y consumiendolas, porque los hijos no salgan con sus pretensiones; con que finalmente causados de las dilaciones y lances de los pleytos tienen por menos inconueniente el passar en silencio su necessidad, que continuar el començado intento de su justicia, vt elegãter considerat Ioan. Garc. de expens. & meliorat. cap. 3. nume. 2. in hæc pulchra sane, & erudita, verba. *Sæpé enim huiusmodi parentes odio filios suos alimenta petentes prosequuntur, ac sæpè conuicti malunt bona sua capi non nunquam alijs creditoribus Consulto ad dicti, vt filij difficultate percipiendi alimenta compulsi modico, aut nihilo contenti, vt rediuiuas lites effugiant quibus misere esurientes interim cruciãtur desperatis alimentis vniuersam causam alimenti præstandi omittant.*

33 ¶ Y finalmẽte, siete testigos de los actores en la quarta pregũta de la prouãça por ellos hecha, en primera instancia, dizen q̃ han menester mil ducados en cada vn año para su sustento, vnos con la hazienda que tienen, y otros de mas della, y todos son contestes en vn mismo sentido, para que demas de la hazienda que oy posseen, ayã auido menester los actores mil ducados para sus alimentos: porque la palabra *con*, latine, *cum*, de que algunos de los testigos vsan, diziẽdo, que con la hazienda que oy tienen han menester los actores mil

ducados, equiuale a la diccion *&*, cuius natura est copulare, & coniungere, l. Titia textores, §. nihil differt, ff. de lega. 1. l. si quis legauerit, ff. de verbor. signif. Casan. in consuetud. Burgund. rubr. 2. §. 1. versic. *Il consis que*, num. 1. Decius, consil. 401. num. 1. Ripa, lib. 1. responsor. cap. 3. num. 25. Imò magis copulat dictio *cum*, porque la diccion *&*, algunas vezes se verifica en vno delos estremos, ò en los dos sucessiuamente; pero la diccion *cum*, precissamente requiere cõcurso de los dos estremos vnidos, que fue lo mismo que dezir; que los actores han auido, y han menester forçosamente la hazienda que tienen, y mil ducados mas, para sus alimentos, adeó vt sine vno, & altero simil, vel altero, deficiente ali cõgruenter non possent, DD. in l. Gallus, ff. de liber. & posthum. optime Surd. de aliment. tract. 2. q. 7. num. 5. cum sequentibus, Castrens. consil. 455. num. 3. lib. 2. & cum copiosa allegatione Barbos. tract. 5. de dictionib. dict. 75. nu. 7.

34 ¶ Por manera, que recopilando el discurso, quando dõ Rodrigo otorgò las capitulaciones matrimoniales, no procedio voluntariamente, sino atendiendo al oficio de padre, obligado por todo derecho a alimẽtar y sustentar conforme a su calidad y partes a los dichos don Diego y doña Maria, y sus hijos y familia; y assi no pudo oponerse que fue voluntaria la obligacion que hizo, y que el matrimonio no fue causa final della, antes conforme a lo que se ha fundado, queda calificada, y mas segura la proposicion de que el matrimonio fue el principal intento de las dichas capitulaciones matrimoniales.

39 ¶ Todas estas obligaciones que concurrieron juntas al tiẽpo delas capitulaciones matrimonales quedaron entonces confirmadas en ellas, y se reiteraron y calificaron mas con la segunda escritura de onze de Nouiembre de 619. en que se obligò de nueuo don Rodrigo a cumplir lo que auia prometido pagar en la primera, quedando mas viuos y eficaces todos los derechos de doña Antonia y sus padres por la geminada y reiterada volnntad de don Rodrigo, con que se hizo mas irreuocable su obligacion, l. balista, ff. ad Trebell. Bart. in l. scimus, C, de agricol. & cens. lib. 11. Deci. consil. 1. num. 6. in terminis Francisc. Becc. consil. 20. num. 12. lib. 1. Sin que por la vltima escritura se causara nouacion de la primera, sed potius augmentum, & incrementum illius, l. fin. C. de nouat. ibi: *Sed anteriora stare, & posteriora eis incrementium accedere*. Mantic. de tacit. & ambig. lib. 17. titu. 3. num. 13. Seraphin. decis. 1063. á num. 2. part. 2. Hieron. Gabriell, consil. 81, num. 2. Parlador. lib. 2. rerum quotidian. 11 part. & fin. §. 12. num. 41. cum seqq. Zeuall. commun. contra com. quæst. 95. & 774. Dom. Castill. lib. 4. controuers. cap. 5. num. 57.

40 ¶ Reduciendose pues todas estas obligaciones e vn mismo intento, y fundandose en las escrituras que estan dichas, lo que por tantas causas y razones es deuido, y assistiendo a doña Antonia y a sus padres en la pretension deste pleyto los derechos natural y ciuil, y

cada vno en su especie reduplicado y geminado por tantos respetos, maneat stabile, inquam, alimentorum ius, & naturali vinculo debitum, & officio pietatis paternæ dispositum, & legitima instrumentorum lege constitutum: argument. text. in l. fin. C. de adopt. ibi: *Quia in vnam personam concurrunt, & naturalia, & adoptionis iura maneat stabile ius patris adoptiui, & naturali vinculo copulatum, & legitimo adoptionis modo constructum*: & §. sed hodie. Inst. eodem, cap. 1. de treg. & pace, ibi: *Funiculus triplex difficile rumpitur.* Auth. itaque, C. comm. de succes. ibi: *Quia ex vtroque latere coniuncti sunt*, cum simi'ibus.

II. ARTICVLO.

37 EN Este articulo se ha de responder a las escrituras de que don Rodrigo se vale para diuertir la pretension de doña Antonia, y sus padres, que se ha propuesto y fundado en el articulo antecedente, para lo qual se deue aduertir, que todos los actos humanos en su perfecion requieren tres cosas precisamente, que son, potestad, voluntad, y solemnidad, sin las quales, o qualquiera dellas no pueden tener valor, ni producir, o participar de los efetos legales: Dom. Tusch. pract. conclusi. tom. 1. lit. A. verbo. *Actus*, conclusi. 127. vbi ait: *Quod actus omnes humani pendent, & regulantur à tribus, videlicét, à potestate voluntate, & modo, quia sine potestate, nihil ad actum redducitur sine voluntate, nihil consensu perficitur sine modo, nihil in finem dirigitur.* Estas tres cosas faltaron en las dichas escrituras, porque ni huuo facultad para otorgarlas, ni voluntad para consentirlas, ni solemnidad para reduzirlas a valor legitimo, y assi fue lo mismo que si no se huuierã otorgado: nam vt eleganter inquit Dom. D. Ioan. del Castill. lib. 4. quotid. controuers. cap. 5. ibi: *Neque enim sufficit testatorem aliquid voluisse, nisi id potuerit, nisi etiam debitis, atque à iure probatis modis actum cõficiat, sicut è contra non sufficit testatorem potuisse aliquid efficere, nisi id quoque voluerit expressim, voluisse vé saltem ex probatis, & legitimis coniecturis deduci commodet valeat*: & in terminis nostris ita considerabit Fontanell. de pact. nuptial. tom. 1. claus. 4. gloss. 28. num. 10. in fin. ibi: *Non constabat potuisse, nec voluisse donatorem reuocare, & ibi etsi constaret voluisse, & potuisse, non constabat de legitima reuocatione.*

38 ¶ Y para q̃ cõste de la nulidad de las dichas escrituras, por defeto de las 3. cosas q̃ estã dichas, discurriremos en este articulo seorsim por cada vna dellas.

POR DEFETO DE POTESTAD.

39 ¶ Quatro escrituras son las q̃ dã materia al discurso y resolució deste articulo. La 1. de 17. de Iulio de 621. otorgada entre dõ Rodrigo y dõ Diego su hijo, cõ interuẽció de dõ Pablo de la Cueua, padre de D. Maria de la Cueua, en q̃ haziendo relacion de q̃ por auerse casado dõ

Rodrigo le pedia don Diego los mil ducados de alimentos que por las capitulaciones se obligò a pagarle, y don Rodrigo pretendia, que entre el y su hijo auia sido asiento y concierto de que no auia de ser tanta cantidad, porque los bienes que quedaron por muerte de doña Mariana de Aragon, madre de don Diego, eran muebles y semouientes, y se auian gastado, remitio a su padre el dicho don Diego quatrocientos ducados, reduziendo los mil a seyscientos, o quinientos, sustentandole el dicho su padre dos cauallos. Y jurò de no venir contra esta escritura, declarando ser mayor de diez y ocho años. La segunda en veynte y vno de Iunio de 623. en que don Rodrigo asignò a su hijo los seyscientos ducados de la escritura antecedente en el lugar de Gofre, y vn juro, y cincuenta ducados del sustento de vn cauallo. La tercera en diez y seys de Março de 630. en que don Rodrigo y don Diego hazen relacion de que entre los susodichos auia sido asiento y concierto, que en el interin que al dicho don Diego no le entregaua su padre la legitima materna, y mejora de tercio y quinto, de doña Mariana de Aragon Iunteron su madre, le auia de dar por primera escritura mil ducados, despues seyscientos, y vltimamente vn juro, y el lugar de Gofre, y porque de presente, y por la dicha vltima escritura cumplia el dicho don Rodrigo entregando a don Diego la dicha legitima y mejora de tercio y quinto, cessauan los dichos alimentos, conforme a lo qual el dicho don Diego boluio a su padre y le restituyò el dicho lugar de Gofre, y cien ducados que se le librauan en el juro de 2100. ducados de la ciudad de Guadix. Esta escritura la jurò el dicho don Diego, declarando ser mayor de veynte y seys años, y se obligò a que doña Maria la aprouaria en quanto a su dote y arras. Y despues por escritura aparte la aprouò la dicha doña Maria, haziendo relacion que se auia otorgado a su ruego y instancia.

40 ¶ Todas estas escrituras se celebraron sin facultad bastante de los que interuinieron en ellas para su otorgamiento, porque las escrituras de capitulaciones matrimoniales, pactos, y obligaciones que en ellas se celebran participan la naturaleza que tienen del matrimonio para que se instituyen, y como el es irreuocable, reciben y tienen ellas la misma irreuocabilidad: Guido Papæ, decisi. 145. Franch. decisi. 205. Nat. cons. 609. num. 42. & seqq. Ponte, de potestat. pro reg. testam. tit. de assen. reg. super dot. §. 2. num. 21. & seqq. Menoch. cons. 723. num. 21. & seq. volum. 8. & cons. 967. volum. 10. quod consilium reperitur inter consilia, Fabij de Annan. volum. 2. cons. 139. & cons. 134. ipse Fab. de Ann. cons. 78. volum. 1. Surd. cons. 143. vol. 1. & decisi. 322. num. 28. quod etiam procedere in foro contientiæ, probat Sayrus, post alios, lib. 9. Clau. Reg. cap. 16. sub num. 10. Andreas Molfesius, cons. 11. num. 3. eleganter Anneus Robert. rerum iudicatarum, lib. 4. cap. 1. §. pro filijs coheredibus, ibi: *Circa principium sciat vterque coniugum æternam esse tabularum nuptialium authoritatem, & legem*

gem societati in contractu matrimonij dictam, neque rescindi deinceps, neque immutari posse. Et in fine capitis eleganter ait: *Apud Romanos dotales tabulæ signatorijs omnium, qui interfuerant annulis obsignabantur, vt etiam eorum fides ad perpetuam rei firmitatem adhiberi videretur, apud nos propinqui, & amici conuocari solent, vt pactis dotalibus, & nuptiarum solemnitati præsentes adsint ad finitati legem dicant omniaque maturo consilio, prudentia, & authoritate sua moderentur, quod in tam celebri cætu vno omnium propinquorum consensu, & consilio placuit perpetuum sit, nec deinceps contractui tã solemniter vnito derogare liceat*: pulchra sanè verba, & omnino deuaranda.

41 ¶ Y aunque la razon de Roberto en la prudencia y congruẽcia politica sea de tanta ponderacion para que no se aya de dar lugar a leues reuocaciones y mudanças de lo que cõ tanto acuerdo y acierto se suele disponer y capitular en las escrituras matrimoniales por los padres, parientes, y amigos de los contrayentes, que por vna y otra parte asisten a ellas: argument. text. in l. hac consultissima 8. C. qui testamento facer. possel. ibi: *Sed ne locum quidem illum relinquat, nisi dijs, tot occulis spectata, tot insinuata sensibus, tot insuper intuto locata manibus.* Pero en rigor de derecho la dicha reuocabilidad es para que ninguno de los coniuges, ni los dos juntos, puedan alterar cosa alguna en perjuyzio de aquellos, quibus aliquod ius quæsitum fuit, vt benè notabit Molfesius dict. cons. 1. num. 5. ibi: *Sed huiusmodi donationes dicuntur irreuocabiles sine consensu illorum, quibus fuit ius quæsitum, sed cum consensu illorum reuoceri possunt.*

42 ¶ Quod autem defecerit consensus eorum, quibus ius quæsitum fuit manifesto constat. Lo primero, porque en la escritura de diez y siete de Iulio de 621. solo interuinieron don Diego, y don Rodrigo su padre, y don Pablo de la Cueua, y no doña Maria de la Cueua, a quien como està dicho en la primera escritura prometio don Rodrigo los dichos mil ducados de alimentos, para que junto con don Diego su marido se alimentasse y sostentasse con ellos: de lo qual resulta, que sin su consentimiento no pudo tener efeto la moderacion que se hizo a los seyscientos ducados: quia donatio facta vtrique coniugi non potest, sine vtriusque consensu reuocari, vel immutari, latè Gutierr. quæst, ciuil. lib. 2. quæst. 121. per totam, Pater Molin tracta. de contract. disputat. 430. n. 4. & 5. Andræas Molfes. dict. cons 11. n. 7.

43 ¶ Lo segundo, porque don Diego por su persona es quien menos derecho pudo tener para hazer la dicha moderacion, porque por si solo no fue capaz de adquisicion, y la que tuuo y pudo tener solo fue por razon de doña Maria de la Cueua, y sus hijos, en quien se considerò la causa onerosa del matrimonio, que dio valor a las capitulaciones: & si hec ratio excluderetur, & maneret donatio facta filio in potestate constituto in natura largitionis lucratiuæ, vtique donatio non exigeret reuocatione, sed ex se inualida, & super vacanca foret: l. donatio-

donationes quas parentes, C.de donat. inter vir.& vxor.l. 2. C.de in officiosl. donat. l. 1. §. si pater, ff. pro donato, l. 4. C. famil. ercifcund. l.cum de bonis, C.de donat. Bald. in l. 2. C. de in officiosis donationibus, vbi ait: *Donationes similes factas filijs in potestate constitutis non valere, etiam propter alimenta,* Menoch. de præsumpt lib.3. præsumpt. 29. num. 1. cum alijs per eum relatis Iacob. Cancer. variar. resolut. 1. part. cap. 8. de donat. num. 51. Iulius Clarus, de donat quæst.8 in princip. Soar. á Ribey, in Thesaur. receptar. sentent. verbo. *Donatio à patre in filium*, num. 194. Demanera que para sanar la incapacidad que don Diego tenia para adquirir el derecho a los alimentos que su padre le ofrecio dar, fue preciso recurrir a la causa onerosa del matrimonio, y al interes de doña Maria, y sus hijos, a quien les importa tener marido y padre con alimentos congruentes para su sustentacion, y no pobre desamparado como se ha visto y se vee don Diego: vt ex Fontanell. retulimus, art. 1. num. 2. optimè Marius Cutel. de donat. inter patrem & filium, tract. 1. discurs. 3. part. 5. num. 11. in fin. *Ideòque quoties, ex vno capite non valeret stante persona filij de medio deberet saltim substineri respectu nurus ne prætextu vnius alteri iniqua conditio afferetur, l. si quis in sua 23. §. 1. C. de in officios. testament. regul. non debet, de regul. iur.* Vnde no auiendo sido don Diego capaz de adquisicion por si solo, tampoco lo pudo ser para reuocacion de la dicha escritura de capitulaciones, res enim per quascumque causas nascitur per easdem disoluitur, l. nihil tan naturale 35. ff. de regul. iur. l. 1. §. 1. Inst. quibus modis tollitur obligatio, cum similibus.

44 ¶ Lo tercero, porque las demas escrituras se otorgaron sin interuencion de don Pablo de la Cueua, padre de doña Maria, a quien tocaua precisamente el auer de interuenir en ella para su legitimacion, porque sin su voluntad, y en su perjuyzio, no pudo alterarse ni reuocarse lo que en las capitulaciones matrimoniales quedò dispuesto: Fontanell. de pact. nuptial. claus. 4. gloss. 1. num. 30. & antea nu. 19. Monter á Cueua, dict. decisi. 10. num. Tello Fernandez, l. 17. Taur. num. 70. Hyppolitus Riminald. in §. 1. Instit. de donat. Guido Pap. decisi. 145. col. 3. y es comun resolucion de todos los Doctores, que se refieren en este articulo num. y en el antecedente num.

45 ¶ Lo quarto, porque tampoco doña Maria otorgò ni consintio en la escritura del año de treynta, en quanto a los alimentos: porque si bien parece otorgò escritura de ratificacion della, haziendo relacion que se auia celebrado a su ruego y instancia, esta ratificacion por su naturaleza relatiua a la dicha escritura confirmada, aprouada y ratificada, no pudo contener ni comprehender otra cosa mas que lo que en la dicha escritura primera se comprehendio: quia natura ratificationis est robur, addere confirmato non vero illud extendere: l. Aurelius, §. testamento, ff. de libert. legat. l. si stipulatus, §. verum, ff. de vsur. l. si eum, §. qui iniuriarum, ff. si quis cautionibus, Bald. in l. no-

nominationes, num. 3. circa fin. Alexand. consil. 123. num. 20. vol. 4. Dominic. in cap. 1. §. ad confirmationem, ad fin. de religios. domibus, ibi; *Inquit quod clausula quæ venit ad confirmandum præcedentem actum, dato quod loquitur latius, quam dispositio præcedens non comprehendit nisi tantum casum confirmatum.*

46 ¶ Y lo que en la dicha escritura se comprehendio en quanto a doña Maria, solo fue obligarse don Diego que ella la aprouaria en quanto a su dote y arras, y no en lo tocante a los alimentos; y assi en ellos no pudo entenderse su consentimiento. Lo qual se conuence mas, aduirtiendo, que en la escritura de aprouacion hecha por doña Maria, se dize que se otorgó la dicha escritura a su ruego, y instancia. Luego si la forma de su otorgamiento no fue obligar a doña Maria en quanto a los alimentos, sino la dote y arras para esto, se deue entender que solicitò doña Maria (quando esto fuera verdad) su otorgamiento? Alias no fuera verdad dezir, que a su ruego y instancia se otorgó, sino præter suam voluntatem, & consensum.

47 ¶ Lo quinto y mas precisso, porque siendo el principal derecho, como queda fundado largamente en el articulo antecedente, el de doña antonia que era ya nacida quando se otorgò la escritura el año de treinta, y de los demas hijos y descendientes de los dichos dō Diego y doña Maria, notoriamente se reconoce, que todas las escrituras que se han hecho en perjuyzio suyo o sobre reuocar en todo, ò en parte la obligacion de alimentos de capitulaciones matrimoniales, y sobre vienes vinculados, contienen nulidades insanables, por defeto de autoridad bastante, cum fuerint factæ in præiuditium tertij, sine cuius consensu iniquam conditionem inferi per alterum non posse plus quam certum est, l. fin. ff. de pact. l. pacta successor, eodem l. cum maritus 29. §. vltim. C. de pact. l. cum filius famil. ff. de milita. testam. ibi: *Quia hereditrti quidem suæ miles quam velit substitutionem facere potest veruntamen alienum ius mutare non potest.* l. peto, §. fratre, ff. de leg. 2. *Nec tamen ideo sequentium causa propter superiores in postetum lædi potest.* l. si atrogator, versic. *Cæterum*, ibi: *Quia non iudicio eius ad eum peruenit.*

48 ¶ Y en terminos terminantes probant nostram conclusionem Fabr. de Anan. consil. 134. num. 6. & num. 9. Marius Cutel tractat. de donat. inter patr. & fili contemplat. marim. 1. part. discurs. 3. part. 4. num. 5. Francis. Molin. de ritu nuptiar. lib. 3. quæst. 6. nu. 36. Menoch. consil. 723. num. 21. & 22. Paschal. de virib. patr. potest. lib. 1. cap. 4. num. 30. Anne. Rober. rer. iudicati, lib. 1. cap. 2. El qual en semejante caso al nuestro, auiendose moderado vna obligacion de mil ducados hecha en capitulaciones matrimoniales, a menor cantidad, dize que el Senado mandó pagar los mil ducados enteramente, Fontan. de pact. nuptial. claus. 4. gloss. 1. num. 72. Francisc. Ponc. consil. 25. ibi: *Quia donatio contemplatione matrimonij intelli*

gitur acquiri filius, vt filius, & sic intelligitur facta ex coniecturata mente contrahentis, ita quòd non poterit pater donatarius in ipsorum præiudit ium aliquid facere si ipsi sunt principaliter contemplati, nam ea ratione qua S. C. dedit vxoribus actionem reuocandi similes contractus eadem ratione debent filij contractum taliter nullam, & fraudulentum reuocare factum in ipsorum præiuditium in quorum beneficium, & pro ipsorum sustentatione fuit donatio principaliter facta.

49 ¶ Ex quibus omnibus resulta, que no auiendo en ninguna escritura concorrido el consentimiento de los interessados todos, no pudo considerarse facultad legitima en los otorgãtes, quod enim omnes tangit ab omnibus fieri, vel aprobari debet, l. vltima, C. de author. præstand. ibi: *Necesse est omnes suam authoritatem præstare, vt quod omnes similiter tangit ab omnibus comprobetur:* cap. quod omnes de reg. iur. in 6.

50 ¶ Contra lo que está dicho hazen ponderacion los Abogados contrarios de lo que se dize en la escritura del año de 21. scilicèt, q̃ fue asiento y concierto entre don Rodrigo y su hijo, que no auia de ser tanta cantidad la que le vuiesse de dar por sus alimẽtos, como los dichos mil ducados en cada vn año, a que parece auerse obligado en la escritura de capitulaciones, y en la del año de 30. que auia sido trato y concierto entre don Rodrigo y su hijo, de que los alimentos auiá de cesar luego que don Rodrigo le entregasse a don Diego la mejora de tercio, y quinto que le dexò su madre. Pero esta ponderacion se cõuence ex fundamento sequenti.

51 ¶ Omnino enim certum est, que los pactos y tacitas reseruas y resguardos que se suelen hazer por los hijos a sus padres, de que les remitiran y cederan lo que por las capitulaciones matrimoniales les prometen, estan prohibidos por derecho, como dolosos y fraudulentos, fraus enim nulla sertior est, quam si quod pallam conuenit clandestina repromisione reuocetur, nam vt eleganter Iurisconsul. ait in l. ea quæ commendandi, §. fin. ff. de contrahend. emptio. *Dolus est non in eo tantum qui obscure loquitur, sed qui insidiose dissimulat.* Y la presuncion es, que quien secretamente procede contra sus contratos, intenta dolosa y fraudulentamente engañar, nam vt inquit Seneca. *Bona concientia prædire vult ipsis nequicia tenebras timet.* Episto. 97. et Horat. lib. 3. Epistol. 16. ad Quintium.

Noctem peccatis, & fraudibus obijce nubem.

l. non existimo, ff. de author. tutor. *Quidquid autem plane gestum est, id semper in iure nostro præualet.* l. non intelligitur, §. si quis pallam. & §. tacita, ff. de iure fisci, quin etiam in matrimonijs quęcumque furtiua sunt odiosa censeri debent & suspecta, l. vxor, C. de repudijs, quia qui male agit edit lucem, l. 1. §. tria lumina, vbi text. gloss. ff. de ventre inspiciend. l. donator, vbi gloss. verb. *Oculte*, C. de donat. cap. consuluit 24. vbi gloss. verbo, *qui male*, de offic. deleg. cap. consuluit, ver-

bo,

bo. *Ne vero*, cũ similibus, citatis per Tiraquell. de penn. temper. caus. 11. num. 11. Mascard. de probat. conclusi. 815. num. 33.

52 ¶ Y en terminos de nuestro caso prueuan los Autores, siguiẽtes, que el resguardo hecho antes, o despues del matrimonio, sin expresso consentimiento de los terceros interessados, es nulo, y en su perjuyzio no vale, ni tiene consistencia alguna: Tello Fernandez, in l. 17. Taur. num. 69. maximé num. 73. & Auend. in l. 44. gloss. 15. per totam, Dom. Molin. de Hispanior. primogenijs, lib. 4. cap. 2. nu. 17. & 18. Mier. de maiorat. 1. part. quæst. 22. nu. 31. iuxta æditionem antiquam, & á num. 229. iuxta æditionem nouissimam, Angul. de meliorat. ad l. 6. gloss. 4. num. 9. Matienç. l. 1. num. 6. lib. 5. nouæ Recopilat. gloss. 8. num. 4. Sanch. de matrimon. lib. 6. disp. 32. n. 2. Anneus Robert. rer. iudicat. lib. 1. cap. 2. fol. mihi 20. propé finem, ibi: *Dolus & tacita illa frans committitur imperniciem damnumque, tam ipsorum coniugum, quam liberorum, quos ex legitima nuptiarum coniunctione aliquando procreari spes est*, per totum, Vincent. de Franch. vbi addentes, decisi. 205. Martinus Monter, decisi. 10. ex num. 11. Stephan. Gratian. disceptat. forens. tom. 5. cap. 984. Fontanell. de pact. nupt. claus. 4. gloss. 1. à num. 16. & 17. & num. 71. vers. *In nostra Cathalonia*, dize, que en el Reyno de Cataluña se frequenta mucho el reuocar estas repromissiones clandestinas, Marius Giurba, plures referens ad consuet. Mesanenses, part. 1. cap. 1. gloss. 8. à num. 72. ad 84. Dom. D. Ioan. del Castill. quotid. controuers. tom. 5. cap. 109. num. 25. & tom. 6. cap. 119. num. 13.

53 ¶ El trato tacito y clandestino que entre don Diego y don Rodrigo huuo claramente consta por las dichas escrituras, pues en la del año de veynte y vno se dize expressamente, que auia sido entre ellos concierto de que no fuessen tantos los alimentos, por ser pocos los bienes que don Rodrigo tenia de doña Mariana de Aragon, y estos eran muebles y semouientes, y se auian consumido. Y en la de treynta se dà por razon, que auia sido assiento y concierto entre los mismos don Rodrigo y su hijo, que solo auian de durar hasta que el dicho don Rodrigo entregasse a dõ Diego la mejora de tercio y quinto que le dexò su madre, siendo assi que en las capitulaciones matrimoniales, ni en la escritura de onze de Nouiembre, no se enunció, ni dixo semejante cosa, antes en la primera escritura de capitulaciones se obligò don Rodrigo llanamente, sin poner tassa ni limite en el tiẽpo que auia de pagar y dar los dichos alimentos. Y en la escritura de onze de Nouiembre se obligó assimismo, a que todo el tiempo que administrasse los bienes de su mayorazgo alimentaria y sustentaria a su hijo y nuera de todo lo necessario, conforme a su calidad, y si se casasse (como se casó despues) les pagaria mil ducados de alimentos en cada vn año. Por manera que el assiento y trato que se dize huuo entre los dichos don Rodrigo y su hijo para otorgar las dichas escri-

turas

turas fue clandestino, sin dar parte del a don Pablo de la Cueua, ni a doña Maria de la Cueua su hija, y consiguientemente reprouado por derecho, & ipso iure nullum, optimus text. in l. libertus 16. ff. de iur. patronat ibi: *Diuersitatis autem ea ratio est, quoties in fraudem legis fit alienatio non valet, quod actum est*: l. non dubium, C. de legibus, ibi: *Nullum enim pactum, nullam conuentionem inter eos videri volumus subsequutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente*, atque inferius, ibi *Vt ea quæ fieri prohibentur si fuerint facta non solum in vtilia, sed pro infectis, etiam habeantur*: l. si genero, ibi: *Nec tibi prohibente iure quærere potuit actionem*, Bald. Alberic. & alij, quam plures quos refert & sequitur Prosperus Farinac. 2. part. fragment. criminal. verbo. *Lex*, num. 170. & duobus seqq. donde resuelue ser verdadera esta resolucion como quiera que se controuenga a la ley siué appertè, & claré, siuè fraudulenter.

54 ¶ Ni es inconueniente que se llamen estas escrituras de transacion, y que se den en ellas otras razones fuera de las dichas para justificar su otorgamiento. Lo vno, porque la transacion hecha con vna persona no se deue ni puede estender a otras diferentes, que no interuinieron ni consintieron en ella: l. 3. ff. de transact. l. si suspecta, §. quamuis, ff. de in officios. testament. quemadmodum, & in pactis dicitur in l. si vnus, §. ante omnia, ff. de pactis adeò, vt neque habentibus ius connexum extensio fiat, l. 1. C. de transact. l. si duobus, ff. de tutellę, & rationibus distrahend. ita docent Bald. & Iason in dict. l. 3. ff. de transact. Morla, in empor. iur. 1. part. tit. 4. præmiso 5. num. 26. & 27.

55 ¶ Lo otro, porque constando del notorio fraude por las mismas escrituras, en que se dize como se auia hecho asiento, y era trato entre don Diego y su padre, que no auia de ser tanta cantidad la que publicamente se prometio en las capitulaciones, todo lo que se alegare y dixere tiene la misma nulidad, y aunque se otorgassen otras escrituras, y no se diesse esta causa, sino otras juridicas y legales, auia de presumirse en ellas el mismo fraude, para que no se tuuiessen las escrituras por de transacion, sino por clandestinas, repromissiones, y retrocessiones ilicitas, is enimque semel fraudulose contraxit, ita semper contrahere præsumendus est, l. filius, §. 1. vbi Bart. ff. de accusat. cap. scribam, de præsumpt. cap. semel malus, de regul. iur. lib. 6. Iacob. Simanc. Cathalog. inst. cap. 50. num. 15. Menoch. de præsumpt. lib. 5. præsumpt. 32. Cened. ad sextum, collect. 29. num. 2. August. Barbos. de axiomat. iur. axiomat. 142. num. 1. & num. 4. vbi: *Et ideó (inquit) semel malus semper præsumitur malus existere in eodem malo semel cōmisso, vèl in eadem voluntate respectu mali eiusdem speciei.* Para ponderacion de lo qual es digna de reparo la dotrina de Fontanell. de pactis nuptial. tom. 1. claus. 4. gloss. 1. num. 72. vers. *Hæc de plano*, donde aduierte, que por conjeturas y presunciones se arguye y colige que aya auido entre los padres y hijos estas ocultas y secretas pacciones,

por

porque para disimularlar vsan en las retrocesiones de nombres de diferentes contratos, como son de venta, transacion, y otros semejantes. Y auiendo referido algunos hasta el num. 78. en el dize estas palabras: *Id solum aduerto, nil posse excobitari per quod facilius fraus hæc deprehendatur, ac detegatur, quam si inspiciatur num actus, qui fit á filio in patrem sit talis, qui si clare, & apperté non sapiat retrodonationem in fauorem illius, vél manifestum præiudicium, & derogationem contineat hereditamenti per eum, tamen quoquo modo deueniatur ad dictam retrodonationem præiudicium, & derogationem, seù ipsa sequantur, quia tunc pari modo talis actus censetur prohibitus, sicuti quilibet alius qui directè, clarè, & manifestè dictam retrodonationem præiudicium, & derogationem contineret, &c.*

56 ¶ Si igitur, señor, los actos que suenan hechos entre padres y hijos con apariencia de contratos permitidos, por conjeturas y presunciones se arguye que fueron retrocesiones clandestinas, y esto es bastante para que se tengan y den por ningunos, con mayor razon serà preciso que se declaren por tales, y no se tengan por transaciones, ni merezcã los preuilegios de tales las que sin dar lugar a cõjeturas ni indicios a la clara y sin reuoco descubren el animo fraudulento con que se hizieron, diziendo expressamente que fue asi trato y asiento entre don Rodrigo y don Diego, queriendo don Rodrigo valerse de lo que necessariamente deshaze su pretẽsion: & quod peius est, quód in fraude & dolo ac turpitudine sua audiri velit: contra regulam text. in l. cum profitearis, C. de reuocand. donat. cap. inter dilectos, de donat. Tiraquell. tractat. de cessante caus. limit. 2. Menoch. cõs. 89. n. 32.

57 ¶ Y finalmente podran dezir, que si don Rodrigo no pudo renunciar el derecho ageno, attamen (siendo de alimẽtos, quæ in persona huius aliud sunt, quam in persona alterius, Petr. Surd. de aliment. tit. 5. quæst. 1. & num. 12.) pudo la parte que le tocò renunciarla, o hazer sobre ella transacion, como le pareciesse: l. si quis in conscribendo, C. de pact. l. in re mandata, C. de mandati, cum similibus. Porque a esta dificultad se responde. Lo vno, que como queda dicho en el num. don Diego por si no tuuo derecho, ni le pudo tener a la donacion hecha en las capitulaciones, si en ellas no se atendiesse al derecho y adquisicion de los terceros, y asi no tuuo ni tiene parte que le pertenezca por su cabeça, demanera que tenga della libre disposicion: y esto se haze euidente con el exemplo de la l. 17. de Toro, donde la mejora de tercio se haze al hijo por causa del matrimonio con determinada persona, y no a la nuera, ni a sus padres; pero hazese por respeto dellos, y para que tenga efeto el matrimonio: y por esta causa dize la ley que es irreuocable la dicha mejora, aunque solo se haga al hijo, la qual no pudiera valer si no se interpusiera el derecho de tercero, como es la muger, y sus hijos, y padres, a quien importa tener marido, padre, y yerno, con hazienda bastante para sustentar las cargas del matrimonio. Y asi dixo bien Tello Fernandez en la

dicha ley. *Donatio impossibile est, quod respectu donantis, & donatarij sit contractus onerosus, sed lucratiuus, sed lex non respectu lucratiui cõcessit irreuocabilitatem, sed quando in illa donatione adesset contractus onerosus, qui cũ donatario non erat, sed cum tertio.* Lo mismo es en nuestro caso, que cõsiderada la parte que en los alimentos pudiera tocar a don Diego (en caso que fuesse partible la obligacion dellos) a esta parte tienen derecho doña Maria, y sus padres, y hijos, y por la causa onerosa dellos tuuo en don Diego valor, y assi en su perjuyzio no pudo tener el libre disposicion, ex doctrinis superius allegatis. Lo mismo se colige de los mayorazgos hechos en cabeça de los hijos por causa de matrimonio cierto, que siendo ellos los llamados, y no sus mugeres, no pueden cõtra su voluntad reuocarlos, ni retrocederlos a sus padres: imò neque vxoribus suis consentientibus propter filiorum præiudicium, Molin. de Hispanior. primogenijs, lib. 4. cap. 2. numer. 18. & eius additionatores, ibi: *Vnde sicut matrimonium rescindi vnius, nec amborum contrahentium voluntate non potest ita melioratio, seù maioratus institutio rescindi non potest,* Fontanell. de pact. nupt. claus. 4. gloss. 1. num. 10. & 19.

58 ¶ Lo otro, porque el derecho que don Diego, doña Maria, y sus hijos, y padre tienen a la conseruacion de los dichos alimentos, es indiuiduo en todos, y cada vno dellos: porque la obligaciones entre don Diego, doña Maria, y doña Antonia su hija para alimentarse es correlatiua, y reciproca: l. fin. C. de bonis quæ liberis, ibi: *Quæ & à parentibus filios esse alendos imperauerunt, & ab ipsis filijs parentes si inopia ex vtraque parte vertitur,* cum alijs notissimis iuribus & doctrinis. Y si don Diego renunciara su parte, y no tuuiera con que alimentarse, le incumbia la carga de darle alimentos a doña Maria y doña Antonia en la parte que les quedasse, y no siendo esta bastante para todos, quedarian doña Maria y doña Antonia sin alimentos. Y consiguientemente siendo obligacion de don Rodrigo el alimentarlos, era preciso que les restituyesse lo que don Diego huuiesse renunciado. Vnde necessariamente por el mismo caso se deue dezir, q̃ en don Diego no pudo considerarse parte renunciable, pues la renunciacion, o retrocessiõ que hiziesse no auia de poder tener efeto, y auia de boluer de nueuo a poder suyo por medio de doña Maria y sus hijos: l. hæc enim, §. si Prætor, ff. de suspect. tutor. l. multum interest, C. si quis alteri, vél sibi, cap. Pastoralis, §. quoniam, cum similibus.

59 ¶ Lo otro, porque don Pablo de la Cueua no pudo hazer parte en la dicha obligacion, porque no se auia de alimentar della, y el derecho que tuuo y tiene es a los mil ducados de alimentos en cada vn año enteramente: argument. text. in l. si fideicommis. §. tractum, ff. de iudicijs, ibi: *Sed vniuersarum facultatum,* cum similibus, para que se alimenten don Diego, y doña Maria, y sus hijos. Y siendo esto assi, tampoco pudo hazerle renunciacion en su perjuyzio por don Diego, que

que solo tuuiera lugar quando el derecho renunciado le perteneciesse por su persona sola, dict. l. si quis in conscribendo, ibi: *Omnes licentiam habere his quæ pro se introducta sunt renuntiare.* Et superius, ibi: *Suo autem iure vti sancimus nomini licere aduersus pacta sua venire, & contrahentes decipere.*

POR DEFETO DE VOLVNTAD.

60 ¶ No ay cosa tan contraria a la voluntad como el dolo y el miedo: l. nihil consensui, l. nemo videtur 187. ff. de regul. iur. l. cum donationis, C. de transactionib. cum similibus; y mas quando se interpone el gusto y mandato de los padres, que quitan a la voluntad de los hijos la libertad en sus operaciones. *Velle enim non creditur, qui obsequitur imperio patris, vèl domini*, l. 4. de reg. iur. Estas dos cosas interuinieron en las escrituras, de cuyas nulidades se ha tratado en los §.§. antecedentes, porque huuo en ellas conocido dolo de parte de don Rodrigo, y miedo de parte de don Diego y doña Maria, que cerrò la puerta al consentimiento y voluntad que pudieran tener para el efeto de lo que en ellas quiso don Rodrigo que otorgassen en su fauor.

61 ¶ Y porque en la informacion de derecho que don Diego ha dado se ajustan muchas de las proposiciones que en esta consideració son ciertas sobre la lesion enorme y enormissima que contra dõ Diego y doña Maria huuo en las dichas escrituras, sin repetir lo que alli se ponderò doctamente por su Abogado, solo se continuará el discurso en este papel, respondiendo a lo que en las peticiones contrarias se ha alegado de nueuo contra la dicha lesion. Y fundando que la huuo y ay tambien contra doña Antonia de la Cueua.

62 ¶ Cosa cierta es, que al tiempo que se otorgò la escritura del año de 21. de los seyscientos ducados, a que se moderaron los mil de alimentos en cada vn año, don Diego de la Cueua que la otorgò era menor. Y tambien es cierto, que quando doña Maria aprouó la escritura del año de 30. era assimismo menor de 25. años. Conforme a lo qual, alegando que fueron lesos y damnificados, la presuncion assiste en su fauor, por el fragil consejo de la menor edad, que con facilidad se engaña y persuade a lo que peor le puede estar: l. 1. ff. de minor. ibi: *Nam cum inter omnes constet fragile esse, & infirmum huiusmodi ætatum consilium, & multis captionibus suppositum multorum insidijs expositum.* Y por esta razon don Rodrigo, que pretende excluyr y negar la lesion, le incumbe la carga de prouar que no la huuo contra su hijo y nuera, porque ellos por la dicha menor edad estan releuados desta carga, caso que se aya hecho (como se hizo, y despues diremos) sin las solemnidades de derecho necessarias: ita gloss. verbo. *Constiterit*, l. si sine, §. interposito, verbo. *Probet*, ff. de administrat. tutor. l. prædiorum, l. si prædium,

prædium, C. de præd. minor. ibi: *Emptor autem si probare potuerit, &c.* Alberic. Bald. Salicet. l. 1. C. si aduersus creditor. Paul. Ias. in l. nam & postea, §. si minor, num. 22. ff. de iur. iurand. Socin. cons. 115. num. 13. lib. 1. Riminald. §. fin. num. 61. Instit. quib. alienari licét, vél non, Caldas Pereyr. de empt. & vendit. cap. 13. num. 37. vers. *Contrarium vero obtineuit.*

63 ¶ Y no solo no ha prouado dõ Rodrigo que fuesse vtil y prouechoso a los dichos menores el otorgar las dichas escrituras, ni otra cosa alguna en razon de su defensa; pero por las mismas escrituras cõsta sin genero de dificultad la enormissima lesion que en ellas interuino, y notable perjuyzio que huuo contra doña Antonia, y sus padres, y los descendientes de su matrimonio, sin que sea necessario llegar a la ordinaria disputa que ay sobre el computo de la lesiõ, para que aya de ser enormissima: porque no pudiendo llegar a mas que quitar de todo punto los alimentos deuidos a la dicha doña Antonia, y sus padres, como don Rodrigo se los quitó por la escritura del año de 30. qualquiera computo que se haga, por rigoroso que sea, quedará comprehendido para que se verifique en el con mayor excesso la dicha lesion.

64 ¶ De lo qual resulta auer interuenido dolo de parte de don Rodrigo contra el derecho de don Diego, doña Maria, y sus hijos, el qual se presume siempre en el contrato, en que interuiene lesion enormissima: l. omnes, §. Lutius, ff. quæ in fraudem creditor. l. si superstite, C. de dolo, Panormitan. in cap. cum contingat 25. de iure iurando, Paris. cons. 12. n. 8. lib. 1. quos & alios in numeros adducit D. Couarr. lib. 2. variar. cap. 4. num. 5. Dom. Molin. de Hispaniorum primogen. lib. 4. cap. 9. num. 36. Y por esta causa es conclusion comun y assentada de los Autores que mas bien sienten, y recebida en los Tribunales del Consejo, y Chancillerias, que la lesion enormissima anula el contrato en que se halla, vt succurratur læsis per actionem de dolo subsidiarium exceptionem, vél replicationem: gloss. & DD. in l. sub prætextu, C. de transactionib. per legem in summa, ff. de condit. indebit. l. si quis cum aliter, ff. de verbor. obligat. Peguera, decisi. 167. nu. 6. Ioan. Gutierr. 2. part. quæst. 141. num. 4. & de iurament. confirmat. 3. part. cap. 2. num. 24. Pater Molin. de iust. & iur. disput. 556. nu. 20. Petr. Surd. cons. 451. num. 9. volum. 3. Vincent. de Franch. decisi. 159. & refert decisum in Camera Imperiali, Misinger. obseruat. 33. centur. 1. ita etiam sæpius decisum dicit Fontanell. de pact. nuptial. tom. 1. claus. 4. gloss. 9. part. 5. ex num. 199. & num. 203. Velazq. cons. 88. ex num. 1. Ioseph. Ramon. cons. 26. num. 32. & ex Petra, & Peregrin. Vincent. Fussar. quæst. 562. num. 4. Andræas Fachin. lib. 2. controuers. cap. 26. Rot. per Farinac. decisi. 461. nu. 7. part. 1. in nouissis, Menoch. cons. 111. num. 75. & seqq. plures alij.

65 ¶ A esto se llega el miedo reuerencial que huuo y ha auido

siempre en don Diego y doña Maria, de don Rodrigo de la Cueua su padre y suegro, que se ponderò en la dicha informacion, num.31.a cuyas alegaciones se añade la presente consideracion del Padre Tomas Sanchez en el lib. 4. disput. 6. á num. 11. cum sequentibus, & n. 14. ibi: *Si enim timet probabiliter diuturnam fore indignationem, & semper habiturum patrem, aut virum valde infectum, &c.* Et ibi: *Quis enim vir constans, aut prudens non reputauit graue malum semper coram oculis infectum patrem, aut alium a quo pendet, & cum quo semper versatur? Maximè cum vix inuenias qui linguam moderari valeat de eo cui infestus est, & confirmatur quia vir prudens ita graue hoc existimat, vt potius eligat relicta patria domoque paterna exulesse.* Dom. D. Ioann. del Castillo, lib. 3. cap. 1. num. 159. Fontanel. dict. claus. 7. gloss. 2. part, 5. num. 61. Bien conocio el Padre Tomas Sanchez la fuerça de las caricias, persuasiones y ruegos, importunaciones y diligencias de los padres, y personas superiores, para con sus hijos y subditos, que en vez de pedir mãdan, y quando persuaden compelen, y no dexan obrar libremente a la voluntad, ad quod facit illud Anton. ad Theodos. August.

Scribere me Augustus iubet, & mea carmina poscit,
Penne rogans blando vis latet Imperio:

Et est aliud vulgare. *Est rogare ducum species violenta iubendi,*
Et quasi nudato supplicat ense potens.

Textus in l. 1. gloss. persuadere, ff. de seruo corrupto, aduertunt gloss. verbo, *ex torta*, in l. 1. C. ne filius pro patre, & gloss. verbo, *quæmadmodum*, in l. 1. ff. quod iussu, Afflict. decis. 69. num. 4. Ossasc. decis. 179. á num. 4. Boer. decis. 101. num. 10. Surd. decis. 326. nu. 68.

66 ¶ Y quando el miedo reuerencial no sea bastante para anular la transacion, junto con la lesion enorme, aunque no sea enormissima, es suficientissimo, Dom. D. Ioann. del Castillo, lib. 3. cap. 1. num. 155. Zeuallos, tom. 4. quæst. 909. num. 36. & 37. Iosephus Ramon, consil. 69. per totum. Y con la enormissima que interuino en las dichas escrituras, sin controuersia es llana cosa que la transaciõ se deue rescindir ò anular, ita præter in terminis allegatos in dict. allegat. nume. 33. probant Deci. in cap. causam matrimon. num. 5. de offic. delegat. ad fin. Paul. de Castr. consil. 174. num. 2. volum. 1. vbi singulariter loquitur Aimon, consil. 11. numer. 12. & consil. 143. a num. 1. & consil. 114. Augustin. Beroi. consil. 49. num. 98. volu. 1. Surd. consil. 395. num. 29. 3. tom. & 480. num. 10. lib. 8. Aretin. cõsil. 24. col. 2. Roland. consil. 100. num. 134. volum. 4. decis. 159. n. 54. Grammat. decis. 103. à num. 49. Ossasc. decis. 179. num. 6. Surd. decis. 194. num. 29. Couarruu. in cap. quamuis pactum de pactis, in 6. 3. part. cap. 4. num. 7. & lib. 4. de sponsalib. 1. part. cap. 3. §. 6. n. 4. Salced. in adition. ad Bernard. Diaz, reg. 532. versic. *Limitatur prima*, Molina de primogen. lib. 2. cap. 3. num. 11. Garc. de nobil. glos. 17. num. 9. Gutierr. in authen. Sacram. pub. C. si aduers. vendition. à num. 93.

67 ¶ Pero quando la lesion enormissima no se admitiesse en las transaciones, que verdaderamente lo son en estas escrituras, no solo deue admitirse la lesion enormissima, ò enorme, porque qualquiera por leue que sea como se deue admitir en los otros contratos, que por los menores se celebran cuius rei ratio est, porque las transaciones para que verdaderamente se puedan llamar tales, requieren dos calidades precissas, que de pacto nudo las redozen a la especifica diferencia de transacion. Vna es, que el que transige, reciba alguna cosa por la transacion. Y la segunda, que sea de re dubia, & incerto litis euentu transactio enim est, *de re dubia, & lite in certa non gramita pactio*. l. 1. ff. de transact. l. cum mota, C. de transactio. l. transactio nulio dato, eodem titu. l. suus, C. de repudijs, Morla in empor. iur. 1. part titu. 4. in princip. premiss. 2. num. 5. Mantic. de contract. lib. 26. titu. 1. n. 23. & tit. 9. num. 19. & 20. Y esta incertidumbre que entra en parte de precio es tan dificultosa de apreciar y estimar en su verdadero valor, que se tiene por casi impossible el ajustar el excesso para el computo de la verdadera lesion, tenet Dom. Molin. dict. lib. 4. cap. 9. n. 35. & 36. Ramon. consil. 62. num. 64. cum alijs seqq. Pero en este caso don Diego no recibio cosa alguna por las dichas escrituras, antes cõforme a ellas perdio del todo los alimentos sobre que se pretendio trãsigir; y lo que recibio de los bienes de su madre y su legitima, no fue por cõuenencia ni derecho q̃ su padre le pudiera ceder ò tener cõtra el por ser cosa llana, que de sus legitimas no le podia su padre priuar, ni escusar el entrego dellas; y sobre esto no auia dificultad, ni don Rodrigo pudo tener ni tuuo pretension alguna, y sin embargo fueron grandissimos los agrauios que a su hijo hizo, dandole los bienes y cosas de menos consideracion, y quedandose con los juros y censos, oro y plata sin truecos, en que no pudo considerarse agrauio, haziendo destas cosas aprecio y estimacion muy moderada; y de lo que adõ Diego entregò en muy grandes y excessiuos precios, procediendo en todo con grandissima desigualdad, como de la prouança del mismo don Rodrigo se comprueua, pues articulando en vnas preguntas, q̃ para que vuiesse efeto el matrimonio entre don Diego y doña Maria y don Pablo de la Cueua quisiera que se celebrasse, se tassaron en quarenta mil ducados sus bienes, estimando lo que valia vno por quatro. En otras preguntas quando trata de responder a los agrauios que a don Diego hizo, singularizando los mismos bienes, en particular va diziendo que valian los mismos precios en que al principio se tassarõ queriendo que vna misma cosa diuerso iure censeri posset contra tex. in l. si ędes, de vsucapion. Y lo que mas es, que vuiesse para si diferẽte derecho en los aprecios y estimacion que en don Diego su hijo; cosa tan dura, y fuera de la equidad legal que dudò mucho el Iurisconsulto Vlpiano, en la l. 1. ff. quod quisque iuris in alium stat; que huuiesse quien tuuiera semejante pretension, ibi: *Quis enim aspernabitur idem*

idem sibi dici, quod & ipse alijs dixit, vel dici fecit. Pero porque en este papel solo se trata de los alimentos, no sufre dilacion el continuar el discurso dellos, y assi se quedan en silencio otros muy exorbitantes a grauios que se pudieran ponderar en quanto al entrego dela dicha legitima, y mejora de tercio y quinto. Finalmente, que pudiera conseguir don Rodrigo mas, si todas sus pretensiones se ajustaran en juyzio a determinacion de sentencia, que quitar a don Diego, y su muger y hijos, todos los alimentos que les deuio y deue dar; cosa que cõ mediana consideracion, & vel côniuentibus oculis, se reconoce que no pudiera ser: de manera que la transaciõ no fue para el contrato oneroso, sino tan liberal y gratuito, que escusandole los pleytos, y su incertidumbre, le dio, y cedio sin ellos, mucho mas de lo que por sentencia enellos pudiera alcançar; y don Diego perdio sin pleyto todo lo que en el pudiera auenturar, siendo mas cierto que se determinaria en su fauor por ser tan clara su justicia como està dicho.

68 ¶ Tampoco vuo duda ni dificultad que diera causa a ellas ni que pudiera mouer a los señores juezes que auian de determinar los pleytos (si don Rodrigo quisiera intẽtarlos) para que determinassen contra las primeras escrituras; y si don Diego pudiera temer la cõtraria determinacion que en este negocio ha salido en la sentencia de vista, por auerlas otorgado; y doña Maria por la ratificacion que hizo (aunque como està dicho, no pudiera tener esto efeto, y todo se hizo sin autoridad ni solenidad bastãte) pero antes de otorgallas, y en perjuyzio de doña Antonia y los demas descendientes, no pudo auer causa justa que les obligasse a hazer lo que no pudieron en su perjuyzio, contrauiniendo a tantas reglas del derecho como estàn dichas. A de mas que las razones de duda que se ofrecieron al otorgamiento no deuen, ni pueden admitirse por tales, ni los otorgantes pudieron poner duda ni dificultad en ellas, porque siendo punto de derecho, y resolucion cierta en el, que no son licitas, ni se puede hazer retrocessiones clandestinas para defraudar alos demas otorgantes, que cõbuena fee assisten al efeto de los contratos, docente Iurisconsulto in l. 1. ff. quod vi aut clã, & ex his quæ superius, n. dicta sunt. No pudiera, D. Rodrigo, ni puede valerse de la ignorancia deste derecho, ponderã dolo por dudoso, y haziendo fundamento afirmatiuo en su fauor de la injusticia contraria; hæc enim l. iuris ignorantia, neque admitti, neque præsumi, neque excussare potest. cap. ignorantia, de reg. iur. lib. 6. cap. turbatur, §. notandum, 1. quæst. 4. l. leges Sacratissimæ, C. de legib. cum similib. Valasc. de iur. emphit. quest. 38. nume. 15. & post Gail. Menoch. Tusch. Paris. Medici, & alios tradit; & copiosa allegat. Augustin. Barbos. de axiomat. iur. axiom. 113. num. 1. cum sequentibus.

69 ¶ Rursus, la dificultad que se pondera en el hecho no la vuo, ni pudo auer, menos que concibiendo repugnancia y contradicion

cion en las cosas, ó falsedad, y simulacion notoria, en vna de las dos escrituras, o la del año de 21. ò la del de 30. Porque en la primera se dize y da por causa el auer sido de muy poca consideracion los bienes q̃ quedaron en poder de don Rodrigo, de doña Mariana de Aragon, y estos muebles, y semouientes, y no rayzes; y que se auian gastado, y consumido; por lo qual se reduxo la obligacion de los mil ducados de alimentos a seiscientos, y sin atender a lo que en esta se dixo, en la segunda escritura se dio por razon de su otorgamiento todo lo contrario; porque alli se propuso auer sido asiento, que en el interim que don Rodrigo no entregaua a su hijo la legitima y mejora de tercio y quinto, auia de pagarle por primera escritura mil ducados, y por la del año de veinte y vno, seiscié̃tos; siẽdo asi que en ella (demas que no se dixo ni propuso tal cosa) la razó que se dio fue contraria, pues suponiendose que los bienes de doña Maria de Aragon se auian gastado, mal podia ser asiento entre las partes que en el interim que no los entregaua auia de alimentar a don Rodrigo; pues siendo bienes muebles y semouientes, y gastados sin su culpa con el tiempo, tenia legitima escusa para no poderlos entregar, y diziendo que eran muebles y semouientes en el entrego de la escritura del año de treinta, y por el inuentario y particiones de los bienes multiplicados de que le tocaua la mitad a doña Mariana, constò ser bienes rayzes y possessiones. Y finalmente diziendo en la escritura del año de treinta, que auia sido asiento entre don Rodrigo y su hijo, que en el interim que se le entregaua la legitima de su madre, auia de pagarle por primera escritura mil ducados, y por segunda seiscientos, se dixo en esta, que estaua dispuesto entre ellos de que no auia de ser tanta cã tidad la que por la primera escritura auia de pagar. Por manera que todo lo que se alegò y propuso para el otorgamiento de las dichas escrituras fue repugnãte a derecho, y al hecho verdadero, alegando y valiendose de cosas contrarias, afirmando y negando vna misma cosa muchas vezes, & vt Imperatoris Iustini, verbis loquar, in l. generaliter, C. de non numerat. pecun. *Nimis indignum esse iudicamus, quod sua quisq; voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare testimonioque propio resistere.* De que resulta que no vuo ni pudo auer razon de dudar que diera causa justa al efeto de las dichas escrituras.

70 ¶ Quibus præsuppositis, faltando las dichas causas que son fundamento y raiz de la eficacia de las escrituras, que son verdaderas transaciones, cessa tambien la opinion de aquellos que niegan en ellas el remedio de lesion, cap. cum cessante, de appellat. l. adijcere, §. quamuis, de iur. patronat. l. si pater, ff. de hæredib. instituend. l. generaliter, C. de Episcop. & Cleric. l. cum tecum, de pact. interempt. cum similib. & interminis optime notabit Ioseph. Ramon. consi. 14. num. 5. ibi; *Rursus, non apparet quo titulo ea cessio facta sit, nam licét legatur in instrumento fieri ex causa transactionis, & ex ratione litis intercedentes,*

dentis, & cessionarium attamen reuera, nec transactio, nec lis aderat, nec interest, vt alicuius contractus nomen in instrumento insertum sit, quia magis arguit simulationem.

71 ¶ Neque in materia nostra ab integerrimis iudicibus terminanda, puede tener lugar la defensa ordinaria de los que fundan el valor de las transaciones en la incertidumbre que tiene la determinacion justa de los pleytos, y el conocimiento en los Iuezes de la justicia de los litigantes: ad textum in l. si per in prudentiam iudicis, ff. de euictionibus, l. ex maleficijs, §. si quis vero iudex, ff. de action. & obligat. cum similib. porque de los varones ilustres que por su grauedad, entereza, prudencia, y letras llegaron a merecer los Consejos y Chãcillerias, fuera genero de sacrilegio en los transigentes no tener segura confiança (como la ha tenido y tienen doña Antonia y sus padres) de que han de obtener y alcançar su justicia, pues conforme a la l. 10. tit. 17. lib. 4. Recopilat. los Iuezes superiores juzgan atenta la verdad, y dellos assegura el Principe que juzgaràn de la misma forma que si su Magestad Real huuiera de juzgar: optimus textus ad in nostram Regalẽ Cancellariam frequenter inductus, in l. 1. §. 1. ff. de offic. præfect. Pret. ibi: *Credidit enim Princeps eos, qui ob singularem industriam explorata eorum fide, & grauitate ad huius officij magnitudinem adhibentur, nõ aliter iudicaturos esse pro sapientia ac luce dignitatis suæ, quam ipse foret iudicaturus.* Por manera que en las dichas escrituras faltaron las dos cali- substanciales y precisas para que mereciessen el nombre y los efetos irreuocables de transacion, pues ni los actores recibieron, ni se quedaron con algun emolumento de auerlas otorgado, si no del todo perdidos, y sin alimentos, ni huuo ni se pudieron considerar dudas ni dificultades que justificassen su consistencia y valor, y faltando estas calidades precisamente quedaron en terminos de pacto nudo, liberal, y gratuyta renunciacion: in quibus terminis non potuisse sustineri certum est, ex doctrina Bart. in l. 1. ff. de transaction. & in l. si causa cognita, & l. si qui maior, num. 9. C. de transact. & probat text. in l. eleganter 23. in princip. vers. *Si post rem iudicatam*, ff. de condit. indebit. & hæc est recepta opinio secundum Iason, in l. 1. §. si quis ita interroget, ff. de verbor. obligat. l. cum præcario 12. ff. de præcar. ex copiosa allegatione Dom. Couarr. in cap. Raynaldus, §. 3. num. 10. de testament. Morla, in empor. iur. 1 part. tit. 4. premisso 2. num. 5.

72 ¶ Neque dictis resolutionibus præstat impedimentum el auerse jurado las dichas escrituras porque està concedida relaxacion, y quando no se huuiesse hecho esta diligencia, siendo las escrituras dolosas y fraudulentas, como està prouado, el juramento no pudo ser ni fue de consideracion, porque como calidad de la principal obligaciõ y accessoria ella, siendo como fue esta notoriamente nula; la misma nulidad se deue considerar en el juramento que para su seguridad se interpuso: l. vlt. C. de non numerat. pec. l. sed et si possessori, §. item si

iura vero, vbi Ias. notab. 9. ff. de iur. iurand. l. fin. ff. qui satis dar. cog. C. quemadmodum, de iur. iurand. Roland. à Vall. cons. 6. num. 42. lib. 1. Barbosa, axiomat. 134. num. 1. & iuramentum metu reuerentiali extortum esse ipso iure nullum, probat Bald. in l. etiam, num. 3. C. ad Senatusconsult. Velei. Marsil. singul. 347. Cabreros, de metu, lib. 2. cap. 7. num. 69. vers. *Denique*.

73 ¶ Menos causa dificultad la l. 34. tit. 14. partit. 5. que cerrò la puerta a los defetos y nulidades que contra la transacion se suelen poner por la causa ordinaria de lesion, ibi: *Quanto quier que montasse aquella parte que quitasse el demandador*.

74 ¶ Lo vno, porque si bien la dicha ley habló con palabras muy generales y comprehensiuas para excluyr la lesion, no pudo cõprehenderse en ellas la enormissima, la qual siempre se entiende ser exceptuada por el defeto de consentimiento y voluntad: vt post Gregor. Pinel. Soc. Dec. Curt. iun. Roland. Burg. de Paz, Alciat. Couarr. & alios docet Gutierr. in Authent. Sacramenta puberum, num. 92. & 98. in fin. Franc. Molin. de ritu. nupt. lib. 3. quęst. 98. á n. 38.

75 ¶ Lo otro, porque aunque el señor Gregorio Lopez en la dicha ley, gloss. 3. lleuó, que por ella se excluyò la lesion enormissima; pero en quatro casos confessò que se deuia admitir precisamente quãdo la lesion era contra muger menor, o rustico, o sobre cosa de que no auia pleyto pendiente, si no que se temia que lo podria auer. Y destos quatro casos los tres se verifican en este pleyto, pues don Diego era menor quando se otorgó la escritura del año de 621. y doña Maria quando hizo ratificacion era tambien menor, y muger, y no solo no auia pleyto pendiente, pero no se esperaua que lo pudiesse auer justificadamente, y assi no puede ser impedimento a lo que está fundado la dicha ley de Partida.

76 ¶ Y finalmente dizen los Abogados contrarios, que la lesion en los contratos no se ha de considerar, respeto del perjuyzio que de todos juntos resulta contra la parte lesa, si no del que en cada vno de por si se puede seguir, y assi auiendo otorgado tres escrituras don Diego, la del año de 621. de los seyscientos ducados de alimentos, se ha de considerar la lesion que en esta se causó, que no fue enorme, ni enormissima; y despues la segunda, en que se asignaron los alimentos en el juro y lugar de Gofre, en que tampoco no pudo auer enorme lesion; y finalmẽte la del año de treynta, en que de ninguna dellas puede inferirse la lesion que es necessaria para rescindir y reuocar las transaciones, cuya consistencia es tan eficaz: ex l. transactione legitime facta, C. de transactionibus. A esta dificultad pudieramos satisfazer largamente, pero escusando prolixidad se responde lo siguiente.

77 ¶ Lo primero, que no puede encubrirse, por mas que se procure hazer el fraude con que se ha procedido contra doña Antonia, y sus padres en el otorgamiento de las dichas escrituras, y en este fundamento

mento

mento que dellas se haze, diuidiendo vna misma lesion y vn derecho indiuiduo de alimentos en muchas escrituras, antes por el mismo caso de hazer estos computos de mas y menos, para diuertir la lesion, se descubre mas bien el animo cauteloso con que se pretende euadir la justicia clara de los actores: nam vt eleganter ait Iuriscõsult. in l. illud, ff. de pact. dotal. *Illud conuenire non potest ne de moribus agatur, vèl plus minus, vè exigatur*, Annæus Robert. rer. iudicatar. lib. 1. c. 2. fol. mihi 21. ibi: *Neque enim ex bona fide est si tacitè conueniat, vt plus minus vè exigatur.*

78 ¶ Lo segundo, que la escritura de 30. supone auer precedido a ella y las demas tacito asiento y concierto entre don Diego y su padre; de que auian de otorgarse en la forma que despues se otorgaron: de manera que el auerse hecho despues sucessiuamente fue mediante el primero asiento, y en execucion del, y refiriendose a lo que entre ellos estaua dispuesto, y assi todas las dichas escrituras fueron vna misma cosa, y tuuieron la misma naturaleza del concierto y asiento referido en ellas, y por cuyo respeto se otorgaron despues, y de todos juntos resultò la lesion q̃ està dicha. Hæc enim es virtus relationis, vt faciat identificari esseque, idem quæ in diuersis scripturis, vel capitibus contenta sunt: Bald. in l. 2. num. 4. C. de error. aduocat. Alexand. cons. 44. num. 5. & 6. volum. 7. Parisi. cons. 131. num. 34. volum. 1. Thomas Grammat. decisi. 59. n. 8. ad fin. Decius, cons. 63. n. 6.

79 ¶ Lo tercero, que de qualquiera forma esta consideracion no pudo hazerse contra doña Maria, que no se obligó en las escrituras antecedentes, a la de 30. ni menos (como està dicho num.) se obligò en esta, ni la aprouò, ni ratificò: y lo mismo en doña Antonia de la Cueua, que no interuino, ni consintio, ni las ha aprouado, ni podido ratificar en ninguna forma.

80 ¶ Lo quarto, porque la geminacion destas escrituras no les dio mas fuerça de la que en su principio pudieran tener, ni sanò las nulidades y defetos que padecen, por auerse hecho en materia de su naturaleza sospechosa y fraudulenta, y en perjuyzio de tercero: Crauet. cons. 494. n. 16. & 17. Crauet. cons. 70. n. 30. August. Barbos. de axiomat. iur. axiomat. 105. n. 19.

81 ¶ De todo lo qual resulta, que por el miedo reuerencial, y lesion enormissima, y dolo que dio causa a ella, no huuo consentimiento ni voluntad en don Diego ni doña Maria, y que por estas causas las dichas escrituras en su rayz fueron ningunas, y fue por ellas assimismo lesa y damnificada doña Antonia de la Cueua enorme y enormissimamente por causa del dicho dolo y miedo. Y porque no parezca ageno de la materia el tratar doña Antonia destos derechos, y del miedo que en sus padres huuo, y lesion enormissima que le resultò, se deue aduertir, que la accion, o excepcion quod metus causa est in rem scripta, & tertio, & contra tertium competit: l. metum la 3. §.

fin.

fin. ff. de eo quod metus causa, ibi: *Cum autem sit hæc actio in rem scripta*, l. si cum exceptione, §. post annum, l. videamus, eod. tit. Ioan. Gart. de nobilitat. gloss. 17. num. 29.

POR DEFETO DE SOLEMNIDAD.

82 ¶ Es tanta y tan clara la justicia de doña Antonia por razon deste defeto, que sin tratar en el antecedente de la lesion en el precio de las escrituras pudiera assegurar el buen sucesso della, porque quando la ley impide en su perjuyzio el valor de los contratos hechos sin solemnidad, no dà lugar a la controuersia que puede mouerse sobre la vtilidad, o lesion en el precio dellos: optimè Imperatores Diocletiano, & Maximianus, in l. 11. C. de prædijs minor. ibi: *Super vacuum est debili pretio tractare cum Senatusconsulti authoritas retento dominio alienandi viam obstruxerit.*

83 ¶ Tres solemnidades se pueden considerar en el Derecho, correspondientes a las tres partes principales de que se compone, què son, las personas, las cosas, y los contratos, de donde se originan y nacen las acciones, princip. Instit. de iure personarum, ibi: *Omne autem ius quo vtimur, vèl ad personas pertinet, vèl ad res, vèl ad actiones.* Todas estas solemnidades faltaron en las escrituras de que se vá tratando en este articulo, porque ni se atendio a las que por la menor edad de los contrayentes eran necessarias, ni a las calidades que para otorgar legitima transacion se requerian, ni menos a los requisitos essenciales que en la sugeta materia de alimentos eran y son precisos.

84 ¶ Ratione personæ, porque siendo menor don Diego quando otorgò la escritura del año de 621. y siendolo tambien doña Maria quando otorgò la escritura que dizen de ratificacion, no se pidio licencia de la justicia, ni huuo decreto judicial, ni informacion de vtilidad (como se aduierte en informacion de don Diego, num. 30.) todo lo qual fue de substancia precisa para que su consentimiẽto huuiesse de tener valor: quod prudentissimus ille Alexander Seuerus, qui (vt in illius vita scribit Elius Lampridius) diem nullam prætermissit quim aliquid mansuetum ciuile, & pium faceret pro moris sui implemento iussit, in l. 1. ff. de rebus eor. qui sub tutel. vèl cur. sunt, & in trãsactionis terminis, ita probat text. in l. Præses, ff. de transact. l. 1. §. vbi omnes, C. si aduers. transact. l. 4. C. de prædijs minor. Iason, in l. 2. num. 3. ff. de officio eius, Paris. cons. 12. num. 39. lib. 2. & cons. 85. num. 15. & 34. lib. 3. Menoch. de arbitrar. lib. 2. centur. 2. cas. 171. num. 42. vbi formam ponit huius transactionis faciendę. *Forma autem huius decreti (ait) vt iudex cognita litis ambiguitate, & dubitatione visisque transactionis pactis, & conditionibus minori vtilibus potius, quam dãnosis pronuñtiet transigendum esse; & ea celebrata ab ipso iudice confirmabitur.*

Ni

85 ¶ Ni por ser don Rodrigo padre de don Diego, pudo con su presencia y voluntad suplir la autoridad y decreto judicial, y la informacion de vtilidad, y demas requisitos necessarios; porque tratādo don Rodrigo de su propio interes, non potuit in rem suam simul vtilitati suę prouidere, & auctoritatem filio minori præstare, Capici decis. 37. & post alios Mastrill. decis. 186. numer. 22. Molfes. consil. 4. num. 24. post repertor. ad consuetudines, tom. 1. Rot. Roman. coram Ludouis. decis. 260. num. 12. Marius Cutellus, de donat. inter patr. & filium contemplat matrim, tom. 1. discurs. 1. part. vnic. num. 171.

86 ¶ Ratione contractus, porque siendo transaciones las que se intentauan celebrar, auian de interuenir las dos calidades que quedan aduertidas en el num. scilicèt, quòd de re dubia, & lite incerta interponerentur, & quod inuicem aliquod lucraretur, & remitteretur, las quales como queda dicho, no concurrieron, ni pudieron verificarse en las dichas escrituras, vt an. vsque ad n. late comprobatum est. A demas que en la ratificacion que se pretende auer hecho doña Maria no dá el escriuano fee de auerle leido la escritura que se auia de ratificar, que fue la del año de treinta; y lo cierto es que no la vido, ni se le leyó como deuiera a la letra, & hoc, en materia de trāsaciones es precisso, argum. text. in l. ex his', ff. de transact. l. 1. §. ratio, ff. quemadmodum testam. aperiant cum similib. Y solo se hizo vna relacion confusa en quanto a la dote y arras, procediendose en todo con aduertidas cautelas, para que tuuiesse efeto en esta forma el otorgamiento de las escrituras, ad cuius rei nullitatem, expenditur text. in l. ea quæ 43. ff. de contrahend. emp. ibi: *Dolus non tantum in eo est, qui faciendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiosse rem obscure dissimulat.*

87 ¶ Ratione rei, el Abogado de don Diego de la Cueua, en el num. 38. de su informacion, asienta por cosa llana, que don Diego no pudo renunciar los alimentos, porque sobre ellos no puede caer renunciacion, ni se puede celebrar transacion alguna, reduziendo este punto a defeto de facultad, y potestad, mas que al de las solenidades necessarias que para otorgar transacion, ò renunciacion de alimētos, deuen concurrir y preceder sin hazer la distincion ordinaria de los que son deuidos por accion, ò por oficio de juez, con lo qual los abogados contrarios valiendose desta distincion, dizen que los alimētos que se pudieran deuer por las capitulaciones matrimoniales, y que oi se piden, no son deuidos por oficio de juez, sino por derecho de acciō, y que estos como no priuilegiados se pueden transigir, y renunciar libremente.

88 ¶ Pero reconociendo las proposiciones textuales de la materia, y confessando la distincion dicha de los alimentos deuidos por contrato, ò por oficio de juez, y que los primeros ratione contractus

 no

no sean priuilegiados, y se pueda transigir sobre ellos, dezimos que estos tambien son renunciables, y se puede sobre ellos celebrar asimismo transacion legitima; pero interuiniendo conocimiẽto de causa, autoridad y decreto de juez, por cuyo defeto las escrituras dichas faltaron en las solenidades sustanciales, que por la sujeta materia de alimentos deuieron tener, l. de alimentis, C. de transactiodibus, ibi: *Sine Prætore, siue Præside interposita transactio nulla auctoritate iuris censetur.* Pontan. de aliment. cap. 6. Surd. tract. de aliment. titu. 8. praeuileg. 56. Decius, in l. de alimentis, num. 7. C. de transact. Cordu. à Lata, in l. si quis a liberis, §. parens, num. 52. ff. de liber. agnosc. Menoch. de arbitrar. iudic. casu 170. num. 6.

89 ¶ Imò de los requisitos que han de interuenir para que tenga efeto la transacion es, que el alimentario haga su condicion mejor; y no se desminuyan los alimentos, ni de ellos de, ni pierda cosa alguna, aunque por otra parte satisfaga y remita a la persona cõ quiẽ transige otros derechos, ad quod est text. in l. cum hi, §. eam transactionem. ff. de transactio, ibi: *Et putò eam transactionem valere, quia meliorem conditionem suam alimentarius tali transactione facit: noluit enim oratio alimenta per transactionem intercipi.* Pontan. in filiorum alimentis à patre debitis, tract. de aliment. cap. 6. num. 3. Surd. de alimen. dict. titu 8. priuil. 56. num. 63. Bald. in l. contra iuris, in fin. ff. de pactis, Morla in empor. iur. 1. part. tit. 4. in rubr. num. 46. qui bene explicat dict. §. eam transactionem.

90 ¶ Neque iuramentum interpositum supplet solemnitatum defectum, porque si bien ha sido controuertido, la distincion legal es que siendo los alimentos deuidos de hijo a padre, ò de padre a hijo en que se interpone la obligacion y obseruancia del derecho natural, iuramentum præstitum solemnitates supplere non posse, vt post Petrum Surd. qui cõpiose, & eleganter resoluit dict. priuileg. 56. num. 54. tradit idem Morla loco citato, num. 45. versic. *Sed in hac.*

91 ¶ Conforme a lo qual no auiendo interuenido las solenidades dichas en las estas escrituras, pues demas de auerse hecho sin autoridad de juez, ni informacion de vtilidad, no conseruaron los alimentarios los alimentos sino los perdieron del todo; precissamente se deue dezir que por este defeto de solemnidades tan sustanciales, no merecieron nombre ni menos valor ni efeto de transaciones.

92 ¶ Ni haze contradicion a esto lo que està dicho en el num. que los alimentos deuidos por contrato, no son priuilegiados, ni dellos hablan las reglas que estan dichas, porque los alimentos deuidos, por las capitulaciones matrimoniales (vt late supra comprouatum est) se deuian tambien por obligacion natural que don Diego tenia al tiempo de capitular el matrimonio a alimentar a don Diego su hijo, y toda su familia, y tiene oy de alimentar a doña Antonia, como se prouó en el num. Y concurriendo en vnas mismas personas

sonas

sonas el derecho à los alimentos por obligacion natural, y oficio de juez, y por el contrato de las capitulaciones, y accion que della resulta la naturaleza de vnos y otros derechos y obligaciones, se ayudan ad inuicem a vn mismo intento, teniendo comunicacion reciproca de las naturalezas y priuilegios, sin que los vnos se elidan por la cōsecucion de los otros, ad quod adduci potest argumentum textus in l. fin. C. cōmu. de leg. ibi: *Quod quidquid fideicommittitur hoc intelligatur esse legatum, & si quid tale est, quod non habeat naturalem legatorum, hoc ei ex fideicommissis accomodetur, & sit omnibus perfectus euentus, & ex omnibus nazcantur in rem actiones ex omnibus hippotecariæ ex omnibus personalis.* l. 1. §. si quis sub conditione, ff. vt legat. & fideicom. nom. caueat. ibi: *Huic stipulationi easdem causas, & conditiones in esse sciendū est.* l. actione 2. §. 1. ibi: *Vtuaque autem actione obligatur, & altera alteram non tollit.* ff. de tutell. & ration. distrahend. l. 2. ff. de priuat. delict. ibi; *Neque altera harum actionum alteram consumit.* l. nō est nouum 10. ff. de act. empt. l. si is qui stichum 57. ff. de obligat. & action. l. si stipulatus 4. ff. de vsur. ibi: *Quód ex stipulatu consequi nō poterit iudicio empti consequetur, id enim quòd non transfertur in causam nouationis, iure pristino peti potest.* Y es para el intento digno de ponderacion el texto en la l. qui id quod, ff. de donationib. donde deducta donatione in stipulationem, no se pierden los priuilegios de la donation, vt in quantū facere posit condemnetur debitor, lo mismo en la l. aliam de nouat. Y por ser la conclusion tan textual, se omite el referir autores, & sufficiat pro omnibus vnus Dom. Francis. Salgado de Somoza, de protectio. Reg. viopressorum, 3. part. cap. 1. num. 25. cum seqq.

93 ¶ De que resulta, que en el derecho de alimentos de que se trata, concurrieron dos naturalezas correspondientes a las dos obligaciones natural y ciuil, y se juntaron y mezclaron adinuicem los priuilegios de ambas, y sus efetos, como son en los deuidos por derecho natural el no poderse transigir, como está dicho, sin las solenidades necessarias el poderse pedir en qualquier tiempo; el no auer contra ellos cosa juzgada, ni transacion, que puedan cerrar la puerta a los alimentos para que los pidan de nueuo auiendo nueuas causas de necesidad; y otros muchos. En los deuidos por contrato, que se han de pagar, assi los futuros como los preteritos, no se ha de hazer consideracion de la hazienda poca ò mucha que puede tener el que los pide, sino el derecho porque los pretende conseguir. Y finalmente assi en los vnos como en los otros, es sin controuersia, que por lo menos se deuen pagar desde el dia que se pidieron judicialmente; porque de otra suerte facil fuera detener maliciosamēte los reos, y dilatar los pleytos, para que el tiempo que en esto se consumiera escusaran de pagarlos, y de su dolo consiguieran vtilidad, como lo considerò Fontanel. de pact. nuptia. tom. 2. clausul. 6. gloss. 2. part. 3. num. 44. ibi: *Alias si hæc oppinio non reciperetur consequeretur, is qui alimenta præstare debet cō*

modum,

modum ex suo dolo, ex suis cauilationibus, quibus litem detineret daretur que occasio, vt in infinitum reus pro traheret eam sciens interim dum non declaratur alimenta se esse immunem ab illorum præstatione, nec posse postea in sententia ferenda in aliquo circa hoc multari. Y en toda la dicha parte tercera vá discurriendo sobre los preuilegios que estan dichos, y especialmente desde el num. 34. a quien en esto nos remitimos, por no alargar mas el discurso. De todo lo qual se deue hazer consideracion, para que por vnos y otros derechos sean mas seguros los alimentos que doña Antonia y sus padres pretenden.

94 ¶ Y finalmente en este defeto de solemnidad, sacado de la naturaleza de la cosa transigida, huuo otra nulidad irreparable en la dicha escritura del año de treynta, donde se transigiò sobre la mejora de tercio y quinto que dexò vinculada doña Mariana de Aragon a su hijo don Diego, porque sobre bienes vinculados no puede transsigirse menos que con autoridad publica que se interponga, y facultad Real, que es la opinion mas fauorable a la transacion, Dom. Molin. de primogenijs, lib. 4. cap. 9. num. 7. Anton. Gom. in l. 40. Tauri, nu. 86. Additionatores ad Dom. Molin. ex copiosa allegatione, num. 2. & num. 20. Gamma, decisi. 151. Mier. 4. part. de maiorat. quæst. 22. per totam.

III. ARTICVLO.

95 QVANDO Las razones que estan dichas descubren (a nuestro corto parecer) la justificada pretension de doña Antonia y sus padres, los Abogados contrarios, vt nullum lapidem non moueant, quieren diuertir la inteligencia literal de las clausulas de la escritura de capitulaciones matrimoniales, y la de onze de Nouiembre de 619. diziendo, que en ellas no se obligò don Rodrigo como padre, si no como administrador de los bienes de la legitima materna, y mejora de tercio y quinto, que en su poder tenia de don Diego su hijo; pero esta inteligencia se desuanece por las razones siguientes.

96 ¶ La primera, porque si atendemos a lo mas riguroso de las palabras de las capitulaciones matrimoniales contra los actores, en ellas entra don Rodrigo obligandose como padre y legitimo administrador de don Diego su hijo, ibi: *Parecieron de la vna parte don Rodrigo de la Cueua, vezino y Regidor de la ciudad de Guadix, como padre y legitimo administrador de la persona y bienes de don Diego de la Cueua su hijo.* Vnde no puede afirmarse sanamente que solo se obligò como administrador, pues la particula y latine, *&*, que se puso entre la razon de padre y de administrador, regularmente junta en el sentido y en la significacion las partes, quas in oratione coniungit, l. si quis ita sti-

pulatus,

pulatus, ff. de verbor. obligat. l. si heredi plures, ff. de cond. inst. l. heredi, §. Cayo, ff. de fund. instruct. & ex copiosa allegatione Augustin. Barbosa, de dict. dict. 110. num. 3.

97 ¶ La segunda, porque esta regla se limita en los casos en que la particula, *&*, se pone inter personas dilectas, ni materia alicuius qualitatis necessariæ como es la de las capitulaciones matrimoniales, y donaciones propter nuptias, o por causa del matrimonio, ad id cõpelente officio pietatis paternæ: porque en este caso, vbi consideratus ordo affectionis, & charitatis, la particula, *&*, se entiende sucessiuamente para que primero se obligue como padre, y a falta de tener bienes como tal se cumpla la obligacion de los bienes del hijo que tiene en administracion: text. in l. Gallus, §. quidam recté, ff. de liber. & posth. & ibi tenet gloss. singularis, & communiter DD. & in terminis Iason in l. 1. ff. solut. matrimon. Anton. Gom. in l. 50. Taur. num. 21. Augustin. Barbos. d. dict. 110. num. 17.

98 ¶ La tercera, porq̃ en nuestros terminos es expresso el texto en la l. fin. C. de dot. promissione, donde propone el Emperador Iustiniano dos dudas. La primera, quando el padre que tiene a su hijo en su potestad, y los bienes de la legitima materna debaxo de su administracion, dize que dota a su hija, y haze donacion propter nuptias a su hijo, sin explicar de que bienes, si de la legitima materna de los hijos, o de los suyos proprios. El segundo, quando declara, que de los bienes suyos y de la legitima materna de los hijos haze la donacion. Y en el primero caso determina sin dificultad, que de sus proprios bienes, y no de la legitima materna del hijo, se presume auer hecho la donacion propter nuptias, ibi: *Siquidem nihil addendum existimauerit, sed simpliciter dotem, vél ante nuptias donationem dederit, vèl promisserit ex sua liberalitate hoc fecisse intelligi debito in sua figura manente.* Y passando al segundo haze distincion, o el padre està del todo pobre, sin tener caudal en poca ni en mucha cantidad, ibi: *Tùnc siquidem pennitus inopia tentus est* (donde la diccion, *pennitus*, excluye etiam vél minimam bonorum partem: vt per gloss. in l. si qui aduocatorum, C. de postulando, Marescoto, variar. resolut. l. 1. C. 32. num. 6.) Y en este caso solo se presume auer hecho la donacion propter nuptias, y prometido la dote de los bienes de sus hijos, por la impossibilidad que tenia de poder la hazer de los bienes suyos, no teniendoles. O tenia bienes de que poder cumplir lo que prometio. Et in hoc casu se presume sin dificultad auer hecho la promesa solo de sus bienes, y no de los que administra de sus hijos, ibi: *Poterit enim secundum suas vires dotem pro filia, vèl ante nuptias donationem pro filio dare, & consentire filijs suis quando voluerint partem, vèl forté totam substantiam, quam habent paternæ liueralitati pro dote, & ante nuptias donatione agregare.* Y finalmente concluye el Emperador, que solo se entenderá la promesa hecha de los bienes del hijo quando el padre lo dixere assi claramente, y sin di-

cultad, ibi: *Et re vera appareat, quid ipse velit dare, & quid de substantia filiorum proficiscatur.* Vnde quando ay confusion en las palabras con que el padre se obligó a semejantes donaciones, no la puede auer en el entendimiento legal, pues en el dicho caso de obscuridad y confusion en ellas está la ley explicando su voluntad en fauor de los hijos, para que se aya de entender hecha la obligacion en su fauor de los bienes de sus padres, y no de los suyos proprios.

99 ¶ La aplicacion desta ley es clara a las donaciones y promesas hechas por causa del matrimonio, como está dicho en el num. & in terminis terminantibus Morquecho, de diuisione bonorum, lib. 2. cap. 17. num. 2. cum seqq. Por manera, que quando huuiesse alguna duda (que no la ay) en la obligacion de don Rodrigo la misma duda hazia euidente la presuncion en fauor de doña Antonia, y sus padres, para que huuiesse de ser conuenido como padre, y no como administrador, puesto que no puede alegar que estaua al tiempo de las capitulaciones en estrema pobreça y necessidad.

100 ¶ Replicase a estas razones diziendo, que don Rodrigo se explicó llanamente en la clausula de capitulaciones matrimoniales, ibi: *Atento a que durante la menor edad de los dichos señores, el dicho don Rodrigo de la Cueua ha de ser administrador de los dichos sus bienes.* Donde la palabra, *atento*, dizen que equiuale a la diccion, *idcirco*, que denota causa final, sed nihilominus sequentia obstant.

101 ¶ Primum, que la diccion, *idcirco*, no rige por si la causa si no la supone, y poniendose en lo decisibo denota, que la oracion antecedente es causa de la siguiente disposicion, y equiuale a la diccion, *ideó*, quæ respectu omnium præcedentium ponitur, vt quasi ex causa præcedentium fiat dispositio, lo qual no se puede ajustar en este caso, porque la diccion, *por quanto*, no supone razon antecedente, si no determina la que a ella se sigue, scilicét, que auia de tener en su casa don Rodrigo a don Diego y doña Maria, atento a que en la menor edad auia de ser administrador de sus bienes: Castrens. cons. 189. circa finé, vers. *Item non obstat*, lib. 1. Cardinal. Tusch. pract. conclusi. tom. 2. lit. D. conclusi. 289. n. 2. Barbosa, de dictionibus, dict. 144. n. 5.

102 ¶ Secundum, que la diccion, *por quanto*, como dixo el señor don Iuan del Castillo, lib. 6. cap. 119. num. 21. equiuale a la diccion, *quia*, la qual, y las semejantes, como son, *prout eatenus, &c.* no suponen causa final, si no impulsiua, gloss. verbo. *Occupati*, l. 1. ff. de ferijs, ibi, glosando las palabras, *quia occupati*, dize, *propterá hæ non fuit causa finalis, sed impulsiua*, y solo presuponen causa final en las disposiciones legales, no en las voluntarias del hombre, como las desta escritura, ex eleganti distinctione Bald. in cap. quia propter, num. 17. de electione. Y en dos casos solos pueden ser causa final, in hominis dispositione, aut quando dirigunt rationem testis, quæ necessaria est, cap. cũ causam, de testib. O quando se ponen en el proemio de la escritura: porque

porque entonces, non ratione sui, sed ratione loci (qui causam finalé denotat vt comprobatum est num.) tienen fuerça de causa final. Y este fue el caso de la ley Pactulcius Androstenes, de hered. instit. dóde no solo por la diccion causatiua, *quia*, si no porque estaua puesta en el proemio de la disposicion tuuo fuerça de causa final: pulchrè Bald. in l. 1. num. 17. C. de fals. caus. adiect. legat. ibi: *Et nota quod causa finalis probatur interdum, etiam per proœmium in quo apponitur dictio,* quia, *vt in l. fin. ff. de hered. instit.* Y asi los Doctores en aquel texto attribuyen al proemio el indicio de causa final: vt plures allegans Tiraquell. de cessant. caus. limitat. 1. à num. 64. cum seqq. Roland. à Vall. cons. 49. num. 43. lib. 1. Menoch. de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 2. num. 12. Osasc. decisi. Pedemont. 100. num. 9. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 5. num. 6.

103 ¶ Tertium, porque quomodocumque consideretus tres vezes se repite la particula, *por quanto*, en las capitulaciones, vna en el proemio, y dos en la clausula de los alimentos. Luego si aqui es causa final, con mayor razon lo serà en el proemio, donde no solo concurre la naturaleza que se dize tener de causa final, si no la del proemio, que es mas eficaz, vbi enim duplex causa concurrit, ibi efficatior & potior virtus continetur: l. si non lex, ff. de hered. instit. l. discretum, C. qui testament. facere possunt, l. si vero, C. de adoptionibus, Authent. itaque, C. communia, de succes. Alexand. cons. 195. Oldrald. cons. 325. num. 4. Cald. Pereyr. de resolut. emphiteus. cap. 9. num. 24.

104 ¶ Ex quo colligitur, que la particula, *por quanto*, por si denota causa impulsiua, y no final, y que solo lo pudo ser y fue en el proemio de las capitulaciones, como queda dicho en el num. donde se dio por causa final dellas el matrimonio.

105 ¶ Estas razones se ofrecen demas de las que el Abogado de don Diego ponderó doctamente en su informacion, que por ser tan concluyentes se deuen considerar para este punto.

106 ¶ De nueuo se ha ofrecido otra dificultad, ponderada mucho por parte de don Rodrigo quando este pleyto está para determinarse: scilicèt, que por la superueniencia que ha tenido de los hijos del matrimonio con doña Gertrudis de Granada y Alarcon es visto auerse reuocado la obligacion de las capitulaciones matrimoniales.

107 ¶ Para responder a esta dificultad se presuponen dos remedios que pudieran intentarse para la dicha reuocacion, por la superueniencia de los hijos; vno de la l. si vnquam, C. de reuocandis donationibus; otro de la l. si totas, C. de in officiosis donationibus; pero ni de por si, ni juntos pueden impedir la obligacion que contraho don Rodrigo para otorgar el matrimonio de los padres de doña Antonia.

108 ¶ Lo primero, porque estos remedios hablan en donacio-

nes

nes gratuitas y liberales, y no en donaciones ob causam, y contratos onerosos, dict. l. si vnquam, ibi; *Fuerit donatione largitus.* Et dict. l. si totas, ibi: *Si totas facultates tuas per donationes vacuas fecisti.* Rolando consil. 11. num. 32. volu. 1. Tiraquell. in l. si vnquam, C. de reuoca. donat. verbo, *donatione largitus,* num. 122. & comprobatur ex l. 1. C. de pactis, vbi notant communiter scribentes, Fontan. de pact. nuptial. tom. 2. claus. 5. gloss. 8. part. 3. Barbos. l. 2. solut. matrim. in princi. num. 173. qui de vtriusque legis remedio loquitur.

109 ¶ Y la obligacion que don Rodrigo hizo fue omnino onerosa, porque (como queda fundado, numero) estaua precissamente obligado a alimentar a don Diego, y su familia, y le tocaua por oficio de padre el casar a su hijo, y no tuuiera efeto el matrimonio si no se hiziera la dicha obligacion, & præter alimentorum causam, & obligationem naturalem, sæpius repetitam, la donació por causa del matrimonio cierto es ob causam, & consequenter onerosa, y en ella atiédē los padres, mas q̃ a la comodidad de los hijos, a su propio interes, como lo dixo elegantemēte Mario Cutel. de don. contemplat. matrim. tractat. de diuers. partic. 1. num. 8. ibi; *Nostra tractatio erit de donationibus, quæ fit à patre filio vxorem ducenti, cuius magis quam ipsius filij interest, vt felix faustumque sit eius filij matrimonij.* qui d. 1. part. discurs. 3. part. 6. num. 12. versic. *Ad tertium,* ita resolui optime Anton. Natt. consil. 609. à num. 8. cum seqq. Paschal. de virib. patriæ potest. part. 1. cap. 4. nume. 39. Franciſc. Becci. consil. 20. per totum.

110 ¶ Lo segundo, porque quando fuesse liberal y gratuita la obligacion de don Rodrigo hecha a los mil ducados de alimentos, no pudiera reuocarse por la l. si vnquam. Tùm, porque es limitacion general a la dicha l. aut si melius loquar inteligécia, de su verdadero sentido, que todas las vezes que al otorgar las donaciones verisimilmente se puede creer que hizo memoria de sus hijos el otorgante, no puede despues por este remedio arrepentirse de la donacion, ita probant Gratian. regul. 150. num. 10. Tiraquell. in l. si vnquam, verbo, *donatione largitus,* à num. 61. Thesaur. decis. 121. num. 5. Ioann. Gutier. de iuramen. confirmat. 1. part. cap. 9. num. 9. Natta, consil. 125. volum. 1. per tot. Iul. Clar. recept. sentent. lib. 4. §. donatio, quæsti. 22. num. 2. Pater Thom. Sanchez de matrim. lib. 6. disp. 36. num. 16. Fontanel. de pact. nuptial tom. 2. claus. 5. gloss. 8. part. 3. num. 5. el qual pone el exemplo quando la donacion se haze in contractu matrimonij, por la consequencia que tiene a el la memoria de los hijos y descendientes, vt an vsque ad num. comprobatum est.

111 ¶ No es dudable que don Rodrigo hizo mencion de los hijos que despues ha tenido y tiene del matrimonio con doña Getrudis de Alarcon, en la misma clausula de los capitulos matrimoniales; y lo que mas es, que se puso la memoria dellos para que pudiesse tener efeto

efeto la obligacion de los alimentos, ibi : *Iten, que caso que el dicho don Rodrigo se casare, es asiento y condicion de las dichas partes, en que desde el dia que se casare ha de ser obligado de dar de alimentos a los dichos don Diego, y doña Maria dela Cueua, &c.* Y en la misma escritura de onze de Nouiébre de 619. ibi : *Y de mas desto se obligó, que si en algun tiempo se casare, y tomare nueuo estado, desde entonces en adelante, se obligó de pagar mil ducados de alimentos en cada vn año, &c.* De que resulta auer faltado el remedio de la dicha l. si vnquam, que solo vino para socorrer a los padres, que sin aduertir que pudieran tener hijos, vsaron de liberalidad con los estraños. Y que la mencion del matrimonio en este, caso sea bastante, demas de lo que está dicho largamente desde el nume. hasta el num. probat Fontal. loco citato.

112 ¶ Tunc, porque la l. si vnquam, no hablò en las donaciones hechas a los hijos, sino a los estraños, ibi : *Filios non habens.* Iulius Clar. lib. 4. receptar. sententiar. §. donatio, q. 22. num. 3.

113 ¶ Lo tercero, porque (caso que se admitiesse alguna reuocacion, auia de ser por el remedio de la dicha l. totas, en el qual no se atiende a la presuncion que en la l. si vnquam, scilicet, si se acordo, ò nò el padre delos hijos que nacieron despues, sino al perjuyzio q̃ se les causa en sus legitimas, y solo se reuoca enla parte que puede tocar a ellas, idem Iul. Clar. loco supra citato, Fontan. de pact. nuptialib. tom. 2. clausul. 5. gloss. 8. part. 3. num. 35. Dom. Præses Couarr. lib. 1. variar. cap. 19. num. 1. & num. 12. Gratian. dict. regul. 150. nu. Anton. Gom. lib. 2. variar. cap. 4. num. 11.

114 ¶ Y recibiendo los hijos despues nacidos sus legitimas, le pertenece lo demas de la donacion al hijo donatario, no solo en lo q̃ de su legitima le puede alcançar, sino tambien el tercio y quinto, de que pudiera el padre disponer libremente entre sus hijos, ita probant Ioann. Grac., & Anton. Gomez. locis supracitatis, Dom. Couarru. dict. cap. 19. num. 4. Didac. Castill. in l. 11. Taur. glos. *siguiente*, col. 5. & probatur.

115 ¶ Considerадas pues todas estas cosas, no percibimos como pueda introduzir don Rodrigo la reuocacion de las capitulaciones matrimoniales, pues siendo contrato oneroso, no hablan dellas las leyes referidas, y en ningun caso se puede aplicar la l. si vnquam, y la l. si totas (caso que vuiesse lugar) solo pudiera alterar lo que tocasse a la legitima de los hijos despues nacidos, quedando don Diego cõ la suya, y con el tercio y quinto de los bienes de su padre, para cumplir con la obligacion de los mil ducados de alimẽtos (si fuera necessario valerse de todo esto para cumplirlos) y mucho mas auiendo tãta hazienda deque poderse satisfazer esta obligaciõ, como está dicho.

116 ¶ Y finalmẽte el remedio desta lay, no le toca ni lo puede intẽtar, D. Rodrigo, por q̃ no se trata en el de su vtilidad y derecho, sino del q̃ tienen los hijos despues nacidos, para que no le puedã prejudicar

en sus legitimas, in decorum tamen esset vt parentes, semel filijs factas donationes reuocare velent, & facile non audirentur contra proprium factum venientes: l. post mortem, ff. de adoptionibus, & tradit post alios Baeç. de non meliorand. cap. 32. num. 11. Barbos. solut. matrimon. l. 2. in princip. num. 171. Fontanell. de pact. nuptial. tom. 2. claus. 5 gloss. 8. part. 3. num. 71. donde haze la distincion destas leyes, y dize, que el remedio de la l. si vnquam le ha de intentar el padre, y el de la ley si totas los hijos que se sienten grauados en sus legitimas.

116 ¶ Ni los mismos hijos pudieran intentar en vida de su padre este remedio de la l. si totas, por quanto en vida del padre solo se considera en ellos esperança de suceder, no dominio verdadero para disponer de lo que muerto el padre le puede tocar, ex bona ratione text. in l. 1. §. si impuberi, ff. de collat. bonorum, ibi; *Præmatura est enim spes collationis, cum adhùc viuat is cuius de bonis quarta debetur*: post Ioan. Andræam, & alios tradit Segura in l. coheredi, §. cum filiæ, num. 129. & seqq. ff. de vulgar. & pupilar. subst. Matienç. in l. 1. gloss. 4. tit. 2. lib. 5. Recopilat. num. 2. Barbos. loco superius allegato, Baeça, de non meliorand. filiab. rat. dot. cap. 34. num. 8. & 9. vbi plura congerit Ioan. Lup. in repet. cap. per vestras, 3. notabil, §. 22. num. 4. & §. 24. num. 3. vers. *Ex quo sequitur*, y el mismo Matienç. en l. 3. tit. 8. gloss. 7. num. 4. & 5. donde responde a la l. 8. tit. 4. part. 5. que parece contraria a esta resolucion.

117 ¶ Ni menos en qualquier acontecimiento el remedio desta ley puede tener lugar, si no es que se pida en juyzio, y se intẽte vna reuocatoria, o declaratoria (en la mas rigurosa opinion) de la donacion hecha en perjuyzio del hijo que se siẽte grauado en su legitima: non enim potest sententia terminari, quod nõ est legitimè à partibus in iudicium deductum: elegans text. in l. si ex testamento 20. ff. de rei iudicat. ibi: *Nec obstaturam ei exceptionem, quod non sit petitum, quod neque actor petere putasset, nec iudex in iudicio sensisset*, l. si cum argentum, ibi: *Quia neque litigatores, neque iudex de alio, quam de argento actum intelligãt*, ff. de exceptione rei iudicat. & est valde notabile CHRISTVM Saluatorem nostrum, hac fere semper regula vsum fuisse, nec filiam Cananeę à demone vexatam, absque requisitione, & petitione liberasse, Matth. 15. nec cęcum à natiuitate, Lucæ 16. ibi: *Quid vis, vt tibi faciam*: ita plena vt à solet, & erudita manu, Andræas Tiraquel. in suo tractat. ad dict. legem si vnquam, verbo. *Reuertatur*, num. 8. & nu. 12. & cum multis seqq. vbi omnino videndus.

118 ¶ Lo qual no se ha deduzido en este pleyto, ni don Rodrigo ha sido parte legitima para ello, ni sus hijos pueden tener justificacion para pedirlo, y quando la tuuieran no ha llegado el tiempo en que pudiera introduzir esta pretension.

119 ¶ No faltò, señor, facultad, voluntad, ni solemnidad en las capitulaciones matrimoniales quando don Rodrigo està obligado

por

por tantos derechos, y quando voluntariamente, para dar a entender su afición y amor, otorgò de nueuo la escritura de 11. de Nouiembre de 619. Lo que ha faltado es la perseuerancia en la voluntad, no por la superueniencia de los hijos que igualmente se presumen querer, sino por lo que reparò el Iurisconsulto Cayo en la ley non est enim cōsentiendum 4.ff.de in officios. testament. ibi: *Non est enim consentiendum parentibus, qui iniuriam aduersus liberos suos testamento inducunt, quod plerumque faciunt maligni circa sanguinem suum inferentes iudicium nouercalibus delinimentis inuestigationibus vé corrupti.* Queriendo por tan cōtrarios caminos reuocar lo que vna vez irreuocablemente dispuso y capitulò, cosa que aun en las donaciones liberales y gratuitas no se deue permitir: vt benè probat text. in l. si quis argentum, §. cum enim in adbitrio, ibi: *Cúm enim in adbitrio cuiusque sit id facere, quod instituit oportet eum, vél cum ad hoc venire properauerit non quibusdam ex cogitatis artibus suum propositum defraudare tantamque in debotionem quibusdā quasi legitimis, velamentis protegere.*

120 ¶ Quando (al parecer contrario) està vencida nuestra pretension por las escrituras (que dizen transaciones) quieren que ni alimentos de padre a hijo se ayan de dar a don Diego, ni menos a doña Maria su muger, y doña Antonia de la Cueua su hija; y lo que mas es, sin negar la obligacion que don Rodrigo tiene por el derecho natural de la sangre, pretenden que en este pleyto no se aya de atender a ella, por dezir, que este derecho no se ha deduzido, ni pedido legitimamēte, y sobre lo no pedido no puede auer determinacion ni sentencia que sea legitima, officium enim iudicis, nisi petenti impertiri non potest, l. dies 4. §. hoc autem, ff. de damno infecto, l. de pupillo 5. §. qui opus, ff. de noui operis nuntiatione, cum similibus superius allegatis.

No parece q̄ sera necessario llegar a la resolucion deste punto para la determinacion deste pleyto, porque doña Antonia tiene segura cōfiança de que los fundamentos hasta aqui ponderados hazen euidente su pretension para que se confirme y califique la obligacion de las capitulaciones matrimoniales, y por ellas don Rodrigo sea condenado a pagar los mil ducados de alimentos en cada vn año a que se obligò en ellas, assi los que correran de aqui adelante, como los que han corrido y dexado de pagarse, sed vt nihil intactum relinquamus duplici fundamento occurremus.

121 ¶ Primum, porque tres pedimientos ay de alimentos en este pleyto hechos por razon de la obligacion natural que don Rodrigo tiene, y està pondera num. & sequentibus. El primero la demāda de don Diego y doña Maria de la Cueua, donde en el cuerpo de la peticion se haze relacion de las escrituras que don Diego auia otorgado; y demas de la nulidad que dellas se alega se pondera la lesiō enorme y enormissima, y no tener don Diego ni doña Maria bienes algunos con que sustentarse, ibi: *Y aunque mis partes tuuieran otros bienes con*

que alimentarse, que no los tienen, &c.

122 Y despues en la conclusion comiença, *Porque pido y suplico a V. A. por el remedio q̃ mejor aya lugar en derecho, cõdene a la parte cõtraria a q̃ pague a la mia los dichos alimentos.* dõde la clausula, *omni meliori modo,* supone auerse intentado el mejor remedio para que la demanda pueda tener efeto conforme a derecho, en fauor de la parte que se valio de la virtud desta clausula, para ocurrir a las dificultades que se suelẽ ofrecer por no auerse intentado el derecho en deuida forma. A delantase a comprehender lo no expressado y finalmente, a que toda la relacion de la demanda se comprehenda en la conclusion, para que todo se entienda deducido, y pedido en ella; Anton. de Butr. consi.63 incipit viso libello, Alexand. consil. 113. lib. 3. Socin. consil. 142. colum. ante penul. lib. 1. Crauet. consil. 326. num. 25. Cardin. Tusch. conclus. 358. num. 11. & per plures conclusiones copiosse Augustin. Barbos. de clausul. caus. 95. à num. 2. cum sequentib. pręcipue, num. 15. & 29. Por manera, que auiendose hecho en la demanda de los alimentos relacion de la pobreça en que don Diego y doña Maria estauan, y valiendose desta clausula en la cõclusion, fue lo mismo que auer repetido en ella la misma necessidad, y pedido que don Rodrigo pagasse a los actores los mil ducados para socorrerlo, assi por la obligacion que tenia como padre, como por la obligacion de capitulaciones matrimoniales.

123 El segundo, por peticion de don Diego solo, y no de doña Maria su muger, en que haziendo relacion de que estaua tan pobre q̃ no podia sustentarse conforme a su calidad, pidio que su padre tomasse su hazienda, y le sustentasse en su casa, ò fuera della, como a su hijo primogenito, inmediato sucessor en su mayorazgo, rollo fol. lo qual no solo deuia y deue hazer por la causa natural de los alimentos deuidos a los hijos y su familia, sino porque en la escritura de onze de Nouiembre de 619. se obligò a ello expressamẽte, ibi: *Se obliga que todo el tiempo que administrare los bienes de su mayorazgo, regirà y administrá la persona y bienes de los dichos señores su hijo y nuera; y los sustentará, y alimentará de lo necessario conforme a su calidad, y de no hazerlo pueda ser apremiado a ello. Y demas desto se obligò que si en algun tiempo se casare, y tomare nueuo estado, desde entonces en adelante se obligò de pagar mil ducados, &c.* Donde es de aduertir la particula, *demás desto,* latine, *vltra*, por la qual quiso hazer; y hizo don Rodrigo dos obligaciones distintas, sin que vna se elidiesse, ni inouasse por la otra, hæc enim illius particulæ virtus est antecedentia confirmare, & sequentibus adiungere, & augere veluti si maritus vltra dotem aliquid leget vxori, cui censetur legare & dotẽ, & legatum quo exemplo vtitur, August. Barbos. post Angelum, Bald. Tusch. Stephan. Gratian. de dictioa. dict. 428.

124 ¶ Por manera que por la dicha peticion, y demanda de

don Diego, no fue visto renunciar el derecho à los alimentos por tener don Rodrigo diferente obligacion a ellos, con que se conuence la ordinaria escusa que don Rodrigo ha tenido, diziendo que no es justo que siendo su hijo moço, y de buena salud, le obliguen a el a que administre sus bienes. Porque no es escusa bastante contra la obligacion que hizo, y libertad que tuuo para no hazerla, l. pacta nouissima, C. de pact. cum simil.

125 ¶ Pero este allanamiento de don Diego, en todo lo que tocare a renunciacion del derecho de las capitulaciones matrimoniales, no puede causar perjuyzio a doña Antonia, y doña Maria su madre, vt supra num. & seqq. dictum est.

126 ¶ El tercero, es la oposicion de doña Antonia en que intẽta los dos derechos principales de las capitulaciones, y subsidiario de la obligacion natural, que su abuelo don Rodrigo tiene a alimentarla a ella y a sus padres, concluyendo, que se haga como tiene pedido y se contiene en su peticion, haziendo relacion en esto al cuerpo della donde se pondera la estrema necessidad en que se ve, y la obligacion natural que su padre tiene a alimentarlos. Con que del todo cessa la dificultad propuesta; pues assi por la inteligencia legal, como por las palabras expressas destos pedimientos y demandas; estan deduzidos los dichos alimentos deuidos por obligaciõ natural.

127 ¶ Secundum, & ex abundanti propositũ, quia duplex est officium iudicis aliud nobile, aliud mercenarium est, mira a la vtilidad particular de las personas que quieren exercitar sus acciones contra otros particulares, y no se interpone sino es a pedimiento de parte, y del hablan los textos referidos, num. & num. aquel atiende a la vtilidad publica, y en ella por ser los juezes parte del derecho publico, ex text. in l. 1. §. huius studij, ff. de iust. & iur. les toca en primero lugar, sin pedimiento de parte, interponerse, y mandar lo que mas conuenga a la conseruacion del bien comun, vt bene distinguit Magister meus Domin. Anton. Pichard. lib. 4. institution. titul. 16. de offic. iudic. in rub. num. 6. ibi: *Officium iudicis duplex est aliud nobile, mercenarium aliud duplici namque via iudex litem dirimere, & grauamina tolere intendit, nempè via nobili, aut ordinaria, quæ ad controuersias iuditiales pertinet. Nobile ergo iudicis officium est, quod iudex sua, & iudicis auctoritate exercet aliquando propio motu nemine id exigente, & etiam si nulla proponatur actio veluti si iudex ob publicam vtilitatem, &c.*

128 ¶ Quando el oficio mercenario no vuiesse lugar en estos alimentos (porque no se vuiessen pedido legitimamente) sin embargo por tocar a la vtilidad y conseruacion, y aumento de la republica, la prouidencia del juez en los alimentos necessarios de los que estan sujetos a su jurisdicion, auia de interponer su autoridad, y oficio noble y proceder breue y sumariamente, sin forma de juyzio, sin contestacion, y sin las demas dilaciones, terminos, y solenidades que se deuẽ

guar-

guardar en los demás pleytos ordinarios.

129 ¶ Sino solo (instruydo el animo de la necessidad de la materia, y el breue remedio q̃ pide el peligro de la vida, y salud que se cōsidera en la tardança) determinar en fauor de los alimētos, y proueer del natural sustento al que los pide, conforme a la exigencia de su calidad y obligaciones de su familia, l. 1. §. Iulianus, l. si quis a liberis §. si vel parens, ff. de liber. agnoscend. l. 3. § sciendum, versic. *Summarium*, ff. ad exhibendum, §. preiudicialis, in gloss. 1. instit. de actionibus, Bart. in l. de aliment. num. 2. C. de transaction. Alberic. in l. fin. ff. de appellat. recipiend, Maranta de ordine iudic. part. 4. dist. 9. num. 168. Ludouic. Molin. de primog. lib. 2. cap. 15. num. 75. Petrus Surd. de aliment. tit. 8. priuileg. 2. à num. 1, cum sequentibus. donde va continuando estos y otros muchos priuilegios que en materia de la forma de proceder en el conocimiento judicial sobre ellos tienen contra las reglas ordinarias de otros juyzios, y en el priuilegio primero los equipara a la causa pia.

131 ¶ Y no solo a pedimiento de parte, sin forma de libelo, ni cōtestacion; pero aunque la parte no lo pida, y quiera renunciar los alimentos que para su sustento y el de su familia y obligaciones son necessarios, & etiam eo reluctante, & in vito, ha de exercitar la nobleza de su oficio el Iuez mandandolo alimentar, y obligandolo a que reciba los alimentos: l. sancimus la 2. §. sed & si quis, C. de administration. tutor. vbi Bart. casum nouum & singularem dicit, quod iudex ex officio, etiam non requisitus dabit curatorem ad litem ei, qui litē pendēte curatore cœpit indigere: text. in l. Fulcinus 7. §. adeò autem, vers. *Plenè si non defendatur*, ff. quibus ex causis in possessionem eatur Carros. de remed. contra præiudicium sententiæ, except. 132. num. 22. Aymon Crauet. cons. 190. num. 8. & seqq. vbi multa circa æducationem pupillorū Ecclesiasticorū, & pauperū, Petrus Surd. eod. tract. de alimēt. tit. 7. priuileg. 4. per totum, & num. 3. ait, ex Immola & Alexandro puniendum esse iudicem si in simili casu non impertiatur officium suū etiam non petenti, Gabriel Aluarez de Velasco, de priuileg. pauper. part. 1. quæst. 35. num. 14. vsque ad finem, Cord. à Lara, in l. si quis á liberis, §. verùm, num. 11. ff. de liber. agnoscend. Andræas Tiraquell. de priuileg. piæ causæ, priuileg. 52.

132 ¶ Y esto es mas preciso en fauor de doña Antonia de la Cueua por ser menor, a quien assisten dos preuilegios, el de la menor edad, y la pobreça juntamente: ad quod est optimus text. ff. in l. nec quidquam 9. §. aduocatos, de offic. Proconsulis, l. Dini 88. ff. ad legē falcidiam, Aymon Crauetta, loco citato, Aluarez, dict. quæst. 3. nu. 10. & 11. & 12. & cæteri locis superius citati.

133 ¶ No percebimos, señor, como a tan eficazes obligaciones y derechos que en fauor de doña Antonia y sus padres assisten puedā causar embaraço y dificultad las excepciones de don Rodrigo, que de

sus

ſus miſmas alegaciones y prouanças quedan vencidas: y admira mucho, que para auerlos dexado tan damnificados y leſos ſe aya valido de eſcrituras, cuyos defetos y nulidades ſon tan notorios, aun en el nombre de tranſacion con que ha pretendido juſtificarlas, pues deuiera mejor con el amor de padre, y dexando libre el conſentimiento y voluntad, prouocar voluntariamente a ſu hijo a ſu ſeruicio y guſto, como lo reparó el Emperador Iuſtiniano en la l. ſi quando, §. illud, ff. de inofficioſ. teſtament. ibi: *Huiuſmodi pacto filium minimè grauari ſecundum Papiniani, reſponſum in quo diffiniuit meritis magis filios ad paterna obſequia prouocandos, quam pactionibus aſtringendos.*

134 ¶ La ſentencia de viſta en eſte negocio fue contra los padres de doña Antonia, y en eſta de reuiſta han hecho nueuas prouanças y diligencias, y ella ſe ha opueſto alegando de nueuo el derecho irreuocable que ſe le adquirio por el vinculo y capitulaciones matrimoniales, y los demas que en ſu peticion de opoſicion ſe contienen, y en eſta informacion quedan fundados, por los quales eſpera que ſe ha de determinar en ſu fauor, aſsi por la clara juſticia que pretende tener, como porque ſiendo menor, y auiendo ocaſionado la menor edad de ſus padres tan prejudiciales eſcrituras, le promete la ley ſeguro amparo en el concepto de V. m. y eſtos ſeñores juezes que han de determinar eſte negocio, vt eleganter Iuriſconſult. Vlpian. teſtatur in l. 1. ff. de minorib. ibi: *Hoc ædictum prætor naturalem rationem ſequutus propoſuit quo tutellam minorum ſuſcepit.* Et inferius ibi: *Auxilium eis prætor hoc ædicto pulicitus eſt, & aduerſus captiones opitulationem.* Salua, &c.

L. Iuan Antonio Rozado.